

LIBERA UNIVERSITÀ INTERNAZIONALE DEGLI STUDI SOCIALI GUIDO CARLI

FACOLTÀ DI ECONOMIA

DOTTORATO IN DIRITTO ED ECONOMIA – XXIII CICLO

1. ANTITRUST E PROPRIETÀ INTELLETTUALE NELL'ERA DIGITALE:

IL CASO GOOGLE BOOK SEARCH

2. LUCI ED OMBRE DEL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE:

IL CASO DELLE NANO-TECNOLOGIE

3. COME TOGLIERE DAL GIRO I DANNI NON PATRIMONIALI:

NOTE IN MARGINE ALLA “TEORIA DELL' ASSICURAZIONE”

TUTOR:

Prof. Roberto Pardolesi

CANDIDATO:

Irene Lincesso

RINGRAZIAMENTI

Ecco la parte più difficile: i ringraziamenti.

Sapendo che molti non vorrebbero essere citati, parto con un grazie generale a tutti coloro che, in vario modo, mi sono stati vicino e mi hanno supportata soprattutto nei momenti di maggior ansia e scoraggiamento.

Tuttavia, non possono mancare ringraziamenti più specifici:

- al professor Roberto Pardolesi per tutto ciò che mi ha insegnato e permesso di imparare negli ultimi anni e che ho potuto apprezzare non solo professionalmente ma anche umanamente;
- ai professori che ho conosciuto ed avuto modo di stimare durante i miei nove mesi di master a Rotterdam, Ghent ed Amburgo;
- ai miei amici “Syppo” e loro sanno perché;
- a don Filippo per i suoi preziosi consigli e per essere sempre riuscito a trovare il tempo di ascoltarmi e sostenermi;
- ai miei genitori per la loro continua vicinanza ed il sostegno che non mi hanno mai fatto mancare in tutta la mia vita e, in particolare, negli ultimi tre anni.

CULTURA È QUELLA COSA CHE I PIÙ RICEVONO, MOLTI TRASMETTONO, POCHI HANNO.

KARL KRAUS, PRO DOMO ET MUNDO, 1912

L'UOMO INTELLIGENTE È QUELLO CHE MANTIENE LA SUA INTELLIGENZA A UNA
TEMPERATURA INDIPENDENTE DALLA TEMPERATURA DELL'AMBIENTE IN CUI VIVE.

NICOLÀS GOMEZ DÀVILA, IN MARGINE A UN TESTO IMPLICITO, 1977

SOLO I GENI E GLI STUPIDI SONO INTELLETTUALMENTE AUTOSUFFICIENTI.

STANISLAW JERZY LEC, PENSIERI SPETTINATI, 1957

INTRODUZIONE

Questa tesi è il risultato di tre anni di ricerca effettuata all'interno del dottorato in Diritto ed Economia presso l'università Luiss Guido Carli e di nove mesi di studio all'estero condotti presso le università di Rotterdam, Ghent ed Amburgo all'interno dell'European Master in Law and Economics. Il lavoro si compone di tre articoli separati focalizzati su tre diversi argomenti del campo della Law and Economics, articoli che hanno beneficiato di indicazioni e consigli di prestigiosi accademici e sono stati pubblicati su riviste gius-economiche.

In tutti e tre gli articoli l'analisi è stata svolta in modo comparativo, sia in termini dottrinari che giurisprudenziali, tra sistemi di civil law and common law per contestualizzare al meglio le specifiche problematiche e cogliere eventuali legami ed influenze al di qua e al di là dell'Atlantico. Nello specifico l'analisi economica è stata applicata a diverse branche nel diritto per esaminare scottanti casi di attualità: il caso Google Book Search è stato studiato in termini di antitrust e diritto d'autore; per il problema delle nano-tecnologie si è cercato il miglior approccio in termini di responsabilità civile; la compensazione dei danni non patrimoniali è stata discussa con riferimento alle teorie dell'assicurazione e della prevenzione.

1. ANTITRUST E PROPRIETÀ INTELLETTUALE NELL'ERA DIGITALE: IL CASO GOOGLE BOOK SEARCH. L'articolo analizza le molteplici sfaccettature del progetto Google Books Search che, lanciato, nel 2005, dal motore di ricerca Google e diventato subito oggetto di feroci dispute, è sfociato, dopo una complessa trattativa, in un accordo transattivo siglato a fine 2008 tra Google, l'Association of American Publishers e l'Authors Guild of America e poi modificato, un anno dopo, a seguito delle preoccupazioni manifestate dal Dipartimento di Giustizia statunitense e dalla Federal Trade Commission. In merito alla valutazione della *fairness* dell'accordo emendato il giudice Denny Chin della corte distrettuale di New York non si è ancora espresso e il risultato è tutt'altro che prevedibile. In ogni caso va sottolineato come, tra le varie questioni legali, il progetto di Google non si sia fermato ma, piuttosto, rafforzato grazie alla partecipazione, negli ultimi quattro anni, di nuove biblioteche, editori e paesi ed alle ininterrotte operazioni di acquisizione e scannerizzazione dei testi.

Dal primo momento in cui il *Google Book Settlement* è stato annunciato, si sono sollevate molte voci critiche, verso ciò che è stato definito come il maggiore accordo di licenza di copyright nella storia degli Stati Uniti. L'argomento critico di fondo espresso, tra gli altri, da

Microsoft, diverse ONG e docenti universitari, è che l'accordo garantirebbe a Google una posizione dominante nel settore, potenzialmente molto remunerativo, dell'editoria elettronica. Fra i punti più controversi, i quali saranno singolarmente trattati, c'è il meccanismo di gestione di una particolare categoria di libri coinvolta, i così detti libri orfani - testi rispetto ai quali non è possibile stabilire o reperire chi detenga i diritti- che offrirebbe a Google un sorta di monopolio *de facto* sulla loro gestione, posto che per altri operatori sarebbe difficile ed oneroso competere con Google tramite la creazione di collezioni alternative di contenuti. Nonostante siano state apportate modifiche al fine di rendere l'accordo più in linea con la legge antitrust, le regole sulla *class action*, e la disciplina sul copyright, anche questa nuova versione, l'*Amended Settlement Agreement* ha incontrato resistenze. D'altro canto, le parti coinvolte nella transazione hanno difeso e continuano a difendere con fermezza l'accordo (in entrambe le sue versioni) sostenendo che la scansione dei libri rientra nella piena legalità di quanto stabilito dalla clausola di *fair use*, che nulla nel *settlement* preclude ai concorrenti la possibilità di seguire le orme di Google ed ottenere simili licenze su lavori orfani, che esso fornirebbe agli autori ed editori nuove possibilità di guadagno in relazione alle copie digitali dei loro libri e che, inoltre, beneficerebbe il pubblico rendendo ampiamente disponibili on-line copie di libri fuori stampa che altrimenti sarebbe difficile (se non impossibile) rintracciare.

In una prima fase, entrambe le versioni dell'accordo vengono presentate ed analizzate nelle loro sfumature, anche alla luce del dibattito dottrinario esistente, per poter capire la consistenza delle critiche e rivendicazioni da più parti sollevate. Chiarita l'onerosità e complessità ma soprattutto l'importanza, culturale ed economica, della digitalizzazione libraria, nella seconda parte dell'articolo viene cercata una spiegazione diversa, più convincente, per l'esistenza di resistenze e critiche così forti ad un progetto che porterebbe notevoli benefici: l'idea è che, al di là di quelle comunemente espresse, siano altre le preoccupazioni reali che fomentano i dissidenti. Un paio d'anni fa Geoff Ramsey, Chief Executive Office e co-fondatore dell'e-Marketer, ha coniato l'acronimo FoG -Fear of Google- per esprimere il timore che l'azienda di Mountain View possa diventare un monopolista della conoscenza. Tale timore nasconde due maggiori preoccupazioni. Da un lato, una preoccupazione, diffusa e radicata nelle imprese così come nei governi, legata alla crescita inarrestabile di Google nel mercato mondiale della ricerca di dati e informazioni e al suo ingresso in nuovi mercati; dall'altro, una preoccupazione che attanaglia la categoria degli

editori in merito al fatto che l' editoria scientifica è un potente strumento di controllo politico delle gerarchie accademiche sulla diffusione delle conoscenze, sì che consentire agli studiosi di tutto il mondo (anche quelli che si trovano nei paesi più poveri, privi dei mezzi per effettuare ricerche indipendenti) di accedere liberamente a determinati contenuti comporterebbe una rivoluzione (densa di incognite e rischi, dal loro punto di vista) nelle modalità di diffusione e fruizione della conoscenza. Infine, verrà posta l'attenzione sui tentativi fatti, sul versante europeo, per cercare di arrestare l'avanzata di Google, tentativi che, per mancanza di risorse e capacità, stentano a produrre risultati sostanziali nella gara alla digitalizzazione del patrimonio culturale.

La conclusione è che Google fa paura, per molti è una presenza scomoda ma, al tempo stesso, è un soggetto necessario perché si possa avere un "rinascimento" digitale; non è un caso che su più fronti in Europa si stia cedendo alla sua avanzata: valga per tutti l'accordo concluso a marzo 2010 fra Google e il Ministero delle Attività Culturali italiano.

2. LUCI ED OMBRE DEL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE: IL CASO DELLE NANO-TECNOLOGIE. I progressi tecnici e tecnologici inducono sin troppo spesso a parlare di rivoluzione, perché contribuiscono a stravolgere modalità organizzative della vita sociale che apparivano sino a ieri consolidate.

Negli ultimi anni stiamo assistendo ad una vera e propria corsa mondiale alle nano-tecnologie, centinaia di prodotti contengono nano-materiali (*nanoscale chemicals*) o sono realizzati tramite l'utilizzo di nano-tecnologie e, scienziati ed esperti studiano la possibilità di loro nuove applicazioni in diversi settori. La crescente importanza assunta, negli ultimi anni, dalle nano-tecnologie ha fatto sorgere non pochi interrogativi riguardo al loro impatto sull'ambiente, da un lato, e sulla salute e sicurezza delle persone, dall'altro. A tal proposito, nel 2007, varie organizzazioni non governative hanno sottoscritto i *Principles for the Oversight of Nanotechnologies and Nanomaterials* -principi pensati per fungere da guida nella supervisione e valutazione dell'impatto delle nano-tecnologie in termini di salute, ambiente, etica, società-.

Il primo di questi otto principi, "A Precautionary Foundation", richiama l'importanza e la necessità di un regime basato sul principio di precauzione che includa il divieto di introdurre in commercio nano-materiali (o loro applicazioni) non testati o non sicuri e richieda ai produttori e distributori di farsi carico dell'onere della prova: "*no health and safety data, no*

market". All'indiscussa utilità ed importanza delle proprietà fisiche, chimiche e biologiche delle nano-tecnologie, viene, infatti, contrapposto l'elevato rischio di tossicità dipendente dalle loro elevate reattività e mobilità unite alla piccola dimensione.

L'aspetto critico è che l'applicazione del principio di precauzione -che ha trovato e continua a trovare terreno fertile in molteplici ambiti, tra cui quello, appunto, delle nano-tecnologie- porta con sé seri limiti e problematiche che non possono essere tralasciati. Se, inizialmente la motivazione alla base dell'utilizzo del principio di precauzione era quella di controbilanciare la riluttanza a prendere misure protettive, sia in termini ambientali che di salute pubblica, nei casi in cui non ci fosse una prova assoluta di danni causati da determinati prodotti o processi -avere un' *absolute proof of harm* equivale a domandare l'impossibile-, portato all'estremo, il principio di precauzione va nel senso di bloccare una determinata azione ogni qual volta è possibile identificarvi la presenza di un rischio per la salute, l'ambiente o entrambi e, dal momento che ogni azione implica sempre un qualche livello di incertezza -un' *absolute proof of safety* è, a sua volta, impossibile da ottenere-, il risultato è quello del mantenimento dello *status quo*, quindi, inazione e paralisi. A ciò va aggiunta un'ulteriore considerazione: anche l'inazione comporta dei rischi, rischi che potrebbero anche essere maggiori di quelli relativi all'azione; oltre al fatto che nessun'altra soluzione potrebbe essere trovata per determinati problemi pressanti, la mancanza di conoscenza di una particolare tecnologia lascia il mondo equipaggiato in modo inadeguato in caso diventi necessario un suo immediato utilizzo futuro. In altre parole, anche se potrebbe sembrare controintuitivo, non bisogna puntare ad una condizione di sicurezza totale ma, piuttosto, ad un tollerabile livello di insicurezza; e ciò si traduce nello scegliere la meno rischiosa tra possibili alternative.

Il maggiore problema legato alle nano-tecnologie è il deficit informativo che caratterizza sia il consumatore che il produttore/innovatore, la mancanza di un adeguato livello di ricerca e di conoscenza dei rischi. *Ex post*, dopo che un incidente si è verificato, è relativamente facile stabilire quali precauzioni si sarebbero dovute adottare per evitare o limitare i danni ed è ugualmente facile avere rimpianti. Ma le decisioni su come agire vanno prese *ex ante*, in condizioni di incertezza, quando i rischi sono solo potenziali. Se, da un lato, gli sforzi dei produttori nel fare studi, test, analisi sui prodotti e i loro possibili effetti negativi sono proporzionali alla probabilità che, in mancanza di tale fase di ricerca, venga loro imputata responsabilità per il danno causato dai loro prodotti, dall'altro, le decisioni di consumo ed utilizzo dei consumatori sono influenzate dalle loro percezioni sulle informazioni disponibili.

Tutto ciò comporta che la prima decisione da prendere, in termini di responsabilità, è se un produttore debba essere responsabile solo per i rischi che avrebbe dovuto ragionevolmente conoscere al momento dell'introduzione del prodotto sul mercato o anche per i rischi che non avrebbe potuto ragionevolmente prevedere. A ciò vanno aggiunte considerazioni sul livello e l'adequatezza delle informazioni date dal produttore.

Nel 1985, in collaborazione con Klevorick, Guido Calabresi ha pubblicato "Four Tests for Liability in Torts", lavoro nel quale riprende la sua precedente analisi delle regole di *negligence* e *strict liability* introducendo la variabile temporale e analizzandone le implicazioni in termini di conoscenza del rischio e investimenti in precauzioni. Con specifico riferimento al famoso Learned Hand test, il test *ex post* si differenzia da quello tradizionale *ex ante* dal momento che esso viene effettuato al seguito del verificarsi di un incidente e non è incentrato sulla ragionevolezza del comportamento tenuto *ex ante* dal danneggiante quanto sulla sua correttezza alla luce del senno di poi; in altre parole, le informazioni e i fatti presi in considerazione per effettuare il bilanciamento non sono quelli disponibili (o che sarebbero dovuti esserlo) al danneggiante nel momento in cui ha deciso di agire in un determinato modo ma, piuttosto, tutti quelli venuti alla luce da quel momento in poi. Un soggetto viene, quindi, ritenuto responsabile non perché avrebbe dovuto usare più precauzioni al momento in cui ha agito ma perché, a seguito dell'incidente, l'azione intrapresa risulta troppo costosa se confrontata con i rischi ad essa correlati.

Se il dibattito attuale sul problema delle nano-tecnologie vede scontrarsi i sostenitori di un approccio precauzionale con coloro che, al contrario, rivendicano una maggiore libertà di azione, il proposito di questo articolo è quello di dimostrare come entrambe queste posizioni estreme siano inadeguate e pericolose sia in termini di progresso scientifico e tecnologico che di salute umana e sicurezza ambientale: per poi suggerire, passando dal c.d. principio di produzione -riassumibile in termini di *learning-by-acting*- e con il supporto delle riflessioni di Calabresi e Klevorick, una "terza via" d'intervento per mediare, appunto, tra l'importanza per l'innovazione tecnologica di avere continui stimoli e la necessità di tutelare gli esseri umani e l'ambiente.

3. COME TOGLIERE DAL GIRO I DANNI NON PATRIMONIALI: NOTE IN MARGINE ALLA "TEORIA DELL'ASSICURAZIONE". L'articolo si concentra sul problema della compensazione dei danni non patrimoniali, questione notoriamente oggetto di un acceso dibattito che vede confrontarsi

e scontrarsi due principali teorie: la teoria della prevenzione e la teoria dell'assicurazione. In letteratura i danni non patrimoniali sono definiti come perdite insuscettibili di valorizzazione nel mercato. Il punto è che, per gli individui che le subiscono, tali perdite sono, tuttavia, reali. Se si guarda alla responsabilità civile in termini economici, ossia in chiave di efficienza, è giocoforza riconoscere che il suo compito precipuo è quello di comprimere i costi totali degli incidenti -ridurre i costi primari e secondari fino al punto in cui tale processo comporta un incremento nei costi terziari superiore al risparmio ottenuto-; con specifico riferimento ai costi primari, la loro riduzione si ottiene tramite la prevenzione degli incidenti. Per essere effettivamente incentivati ad adottare misure precauzionali, i danneggianti dovrebbero essere chiamati a pagare per tutti i danni che causano, ciò implica che essi dovrebbero pagare anche per la componente non patrimoniale di tali danni.

L'indicazione, del tutto scontata secondo una prospettiva meramente precauzionale, è stata messa in discussione, e viene tutt'ora contestata ferocemente, dai sostenitori della teoria dell'assicurazione. Tale teoria, con il suo focus sul livello "adeguato" di compensazione, sostiene che la vittima non dovrebbe ricevere ristoro per i danni non patrimoniali in quanto, nel contesto pre-incidente, un soggetto razionale non si sarebbe procurato copertura assicurativa, se disponibile, in relazione a tali danni, dato che le loro conseguenze non possono essere eliminate con denaro dopo l'occorrenza dell'incidente.

Evidentemente, l'applicazione della teoria dell'assicurazione comporta un problema di sotto-compensazione (risarcimento riconosciuto solo per le perdite patrimoniali) della vittima da parte del danneggiante e, di conseguenza, un risultato inefficiente in termini di riduzione dei costi primari degli incidenti.

Dopo una prima analisi teorica dei danni non patrimoniali, un breve excursus tra vari ordinamenti giuridici mostrerà che in ognuno di essi il risarcimento delle perdite non patrimoniali è, seppur con diverse sfumature, stabilito nei codici e/o garantito dalle corti. Non solo, il riconoscimento e la sempre maggior consapevolezza dell'importanza dei danni non patrimoniali hanno portato, nel corso del tempo, ad una marcata dilatazione dell'ambito della tutela. E' vero che la definizione delle perdite non economiche presenta varie sfumature e che le finalità attribuite al sistema di responsabilità civile e, quindi, al risarcimento dei danni sono oggetto di dibattito; ma è fuori discussione che per raggiungere lo scopo, qualunque esso sia, i danni non patrimoniali devono essere riconosciuti.

A valle di questa ricognizione, verranno descritte e messe a confronto le due teorie citate per farne emergere i punti di conflitto; in particolare, una volta ricostruita la teoria dell'assicurazione nei suoi aspetti salienti, ne verranno scrutinate le rivendicazioni alla luce dell'analisi relativa ai diversi effetti dei danni patrimoniali e non. Ciò permetterà di delineare, alla luce del dibattito dottrinario, i punti di forza e di debolezza della teoria, sino a concludere ch'essa non può davvero supportare un atteggiamento di chiusura nei confronti dei danni non patrimoniali, essendo fortemente inficiata da premesse incomplete e stringenti. La teoria assume come riferimento il comportamento di un soggetto razionale, il c.d. *homo oeconomicus*; ma ipotesi quali perfetta razionalità e perfetta informazione non possono essere considerate realistiche.

La riflessione critica induce ad avallare un ritorno alla centralità per l'obiettivo di prevenzione e, quindi, di efficienza economica.

Indice

CAPITOLO 1. ANTITRUST E PROPRIETÀ INTELLETTUALE NELL'ERA DIGITALE:	
IL CASO GOOGLE BOOK SEARCH	
Una storia lunga dieci anni: <i>rise and fall</i> (?).....	13
I. I dettagli dell'accordo.....	17
I.a. Libri coperti dal <i>settlement</i>	17
I.b. Il registro dei diritti sui libri.....	18
I.c. Poteri riconosciuti a Google.....	19
I.d. Meccanismo di tipo <i>opt-out</i>	19
I.e. Diritti non esclusivi.....	20
I.f. Libri di pubblico dominio.....	20
I.g. Libri tutelati dai copyright e disponibili sul mercato.....	22
I.h. Libri tutelati da copyright e non disponibili sul mercato.....	25
I.i. Un padre per i libri orfani?	26
II. Questo settlement non s'ha da fare.....	29
II.a. Proposed settlement.....	29
II.b. Amended settlement.....	41
III. Il problema dei non-display uses.....	46
IV. Effetti procompetitivi.....	49
IV.a. Libri di pubblico dominio	50
IV.b. Libri in commercio	51
IV.c. Libri fuori commercio.....	52
V. Fattori che hanno contribuito al GBS.....	59
V.a. Caratteristiche della legge sul copyright	59
V.b. La disciplina del fair use	61
V.c. Privilegi delle università.....	64
V.d. Necessità di una disciplina sui libri orfani	65
VI. In arrivo tanti Google Books Search nazionali?.....	67
VII. Chi ha paura di Google?.....	68
VIII. L'Europa cede a Google.....	69
Bibliografia.....	75

CAPITOLO 2. LUCI ED OMBRE DEL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE:

IL CASO DELLE NANO-TECNOLOGIE

Introduzione.....	78
I. La cultura della precauzione.....	79
I.a. La società del rischio	79
I.b. Il principio di precauzione: prevenire è meglio che curare	80
I.c. Il lato oscuro del principio di precauzione.....	84
I.d. Alcune applicazioni	86
a) <i>EFTA Surveillance Authority v. Norway.</i>	87
b) <i>Leatch v. Director-General of National Parks and Wildlife Service.</i> ..	87
c) <i>Encefalopatia Spongiforme Bovina.</i>	88
d) <i>Il caso del DDT.</i>	89
e) <i>Il caso della clorazione delle acque.</i>	90
f) <i>Un caso sui rifiuti tossici.</i>	91
II. Le nano-tecnologie: tra opportunità e precauzioni.....	92
II.a. Dettagli tecnici.....	92
II.b. Due posizioni di confine.....	94
III. Verso la terza via.....	96
III.a. Il principio di pro-azione.....	96
III.b. Da un approccio <i>ex ante</i> ad uno <i>ex post</i>	96
III.c. Learned Hand test <i>ex post</i>	97
<i>Esempio 1.</i>	98
<i>Esempio 2.</i>	98
<i>Esempio 3.</i>	99
<i>Esempio 4.</i>	100
<i>Esempio 5.</i>	101
Bibliografia.....	106

CAPITOLO 3. COME TOGLIERE DAL GIRO I DANNI NON PATRIMONIALI:

NOTE IN MARGINE ALLA “TEORIA DELL’ ASSICURAZIONE”

Introduzione.....	108
I. Danni non patrimoniali: una caratterizzazione.....	109
II. Due teorie a confronto.....	110
II.a. Il <i>rationale</i> assicurativo.....	112
II.b. La teoria dell’assicurazione.....	113
III. Danni e compensazione.....	117
IV. La disciplina dei danni non patrimoniali in diversi ordinamenti.....	121
V. Dibattito dottrinario.....	130
V.a. Nessuna domanda: nessuna compensazione dei danni non patr.	130
V.b. Ostacoli alla domanda: compensazione dei danni non patrimoniali....	132
VI. In conclusione: mancanza di domanda o di offerta?.....	135
Bibliografia.....	137

CAPITOLO 1

ANTITRUST E PROPRIETÀ INTELLETTUALE NELL'ERA DIGITALE:

IL CASO GOOGLE BOOK SEARCH*

“The vast majority of books ever written are not accessible to anyone except the most tenacious researchers at premier academic libraries. Books written after 1923 quickly disappear into a literary black hole. With rare exceptions, one can buy them only for the small number of years they are in print. After that, they are found only in a vanishing number of libraries and used book stores [...]”.

Sergey Brin¹

“These Google guys, they want to be billionaires and rock stars and go to conferences and all that. Let us see if they still want to run the business in two to three years”.

Bill Gates²

UNA STORIA LUNGA DIECI ANNI: RISE AND FALL(?)

I due fondatori di Google Sergey Brin e Larry Page -come da loro raccontato nelle colonne del *New York Times*- avevano immaginato la possibilità di digitalizzare l'universo dei libri e di creare un database consultabile a livello mondiale, già 10 anni fa, quando il motore di ricerca ancora non era che una delle tante start-up che affollavano la Silicon Valley. La volontà di creare una biblioteca digitale era giustificata da preoccupazioni per la salvaguardia del patrimonio culturale -la storia insegna come sia facile distruggere il sapere: nel corso degli anni sono andati perduti milioni di testi in formato cartaceo, due dei maggiori eventi distruttivi sono il leggendario incendio della Biblioteca di Alessandria³ e i roghi medievali dei libri messi all'indice-, da un interesse per l'innovazione e per la salvaguardia dell'ambiente e dalla volontà di rendere la cultura accessibile a sempre più ampio raggio.⁴

* Una versione di questo articolo è stata pubblicata sulla rivista “Il Diritto industriale”, 6/2010, con il titolo *Antitrust e Proprietà Intellettuale nell'Era Digitale: il Caso Google Books Search*.

¹ *A Library to Last Forever*, The New York Times, Oct. 8, 2009.

² Questa la predizione sul futuro di Google espressa da Bill Gates nel 2003. <http://2010.newsweek.com/top-10/worst-predictions/bill-gates.html>.

³ La Biblioteca di Alessandria d'Egitto, incendiata per ben due volte, conteneva più di settecentomila volumi, raccolti sotto il Regno di Tolomeo I Sotere, e si ritiene che in essa fosse contenuto tutto il sapere umano con la vera storia della Terra e dei suoi abitanti, molti studiosi sono concordi nel dire che se quel materiale esistesse ancora, non ci sarebbero più misteri da svelare, sia scientifici che storici.

⁴ Uno studio effettuato nel 2003 dalla School of Information Management & Systems della University of California, a Berkeley, ha tentato di misurare la quantità di informazione prodotta nel mondo. Dalla ricerca risultava che nel 2002 erano stati prodotti complessivamente 5 exabyte di informazione conservata su un

Nel 2002, subito dopo essere diventata il primo motore di ricerca via Internet, la società, dopo aver acquisito informazioni sugli altri progetti di digitalizzazione già esistenti nel mondo -il progetto *American Memory* della Biblioteca Nazionale del Congresso USA, il progetto *Gutenberg*, il *Million Book Project* e la *University Library* solo per citarne alcuni-⁵ inizia a concretizzare questa sua ambizione, all'epoca considerata un po' *naïve*, e lancia ufficialmente il progetto segreto *Books*. Segue un periodo di studi e indagini conoscitive come quelle effettuate presso l'Università del Michigan -università che ha aperto la strada alla digitalizzazione dei testi presenti nelle biblioteche con iniziative quali JSTOR e Making of America- e l'Università di Oxford -la missione della biblioteca di Oxford, Biblioteca Bodleiana fondata nel 1602 da Sir Thomas Bodley, è sempre stata quella di servire gli studiosi di tutto il mondo-. Tali indagini, meeting e colloqui esplorativi danno i primi risultati nel 2004: si realizza una partnership formale fra Google e l'Università di Oxford per digitalizzare in tre anni la collezione della Biblioteca Bodleiana -formata da più di un milione di libri di dominio pubblico del XIX secolo-; alla Fiera del libro di Francoforte viene annunciata la nascita di Google Print -i primi editori ad aderire al progetto sono Blackwell, Cambridge University Press, University of Chicago Press, Houghton Mifflin, Hyperion, McGraw-Hill, Oxford University Press, Pearson, Penguin, Perseus, Princeton University Press, Springer, Taylor & Francis, Thomson Delmar e Warner Books-; a dicembre viene annunciato il progetto *Library Partner Program* col fine di digitalizzare i libri presenti nelle

qualche supporto -l'exabyte è un'unità di misura della memoria: un exabyte equivale a 1024 petabyte, un petabyte equivale 1024 terabyte, un terabyte equivale a 1024 gigabyte-.

Di questi 5exabyte la maggior parte (circa il 90%) è sparsa in milioni di dischi rigidi, ed è costituita da audio, filmati, documenti d'ufficio, messaggi (incluse e-mail e *instant messaging*). Al contrario, l'informazione contenuta nei supporti cartacei e potenzialmente oggetto di conservazione nelle biblioteche era costituita da 39 terabyte di libri e da circa 200 terabyte di quotidiani, riviste e periodici di vario genere. Numeri in mano, per quale motivo, la digitalizzazione e divulgazione sul web di questi contenuti può rappresentare una priorità? Perché questa parte dell'informazione, pur essendo più esigua è quella che possiede il maggior valore culturale e, in molti casi, il maggior valore economico. In termini qualitativi, infatti, libri e riviste contengono molta parte dell'informazione "autorevole", quella che ha più valore, e dunque che è più importante poter reperire; inoltre, libri e riviste hanno in sé insita l'aspirazione alla diffusione universale; infine, il mercato dell'editoria su carta stampata è economicamente importante, e il suo incontro con le tecnologie digitali è almeno potenzialmente in grado di generare utili abbastanza appetibili. (sul punto, si veda, ad esempio, G. RONCAGLIA, *I progetti internazionali di digitalizzazione libraria: un panorama in evoluzione*, Digitalia, Volume 1-2006).

⁵ Queste iniziative saranno trattate più nel dettaglio in seguito. In questa fase solo alcuni numeri per capire: mediante il progetto *Gutenberg*, lanciato nel 1971 da Michael Hart, sono stati messi online 33.000 testi di lingua inglese in pubblico dominio grazie all'operato di volontari che hanno ricopiato le opere su file di testo; con l'iniziativa *Million Book Project*, che ha avuto inizio nel 2001, grazie ai finanziamenti ricevuti da istituzioni governative e organizzazioni non profit -ammontanti a più di 10 milioni di dollari- sono stati digitalizzati più di 1.5 milioni di libri in pubblico dominio.

collezioni di quattro tra le maggiori biblioteche universitarie -Harvard, Michigan, Oxford, Stanford- alle quali vanno aggiunti quelli della *New York Public Library*.⁶

Successivi accordi con vari editori mossi dalla volontà di prender parte a tale programma di digitalizzazione portarono alla creazione di *Google Print*, in seguito rinominato *Google Books Search*, tramite cui l'utente, in qualunque parte del mondo si trovi, può ricercare nel testo dell'opera protetta e vedere online brevi estratti (*snippets*) del libro che gli interessa.⁷ Il processo di scansione riguardò quanti più libri possibile senza distinzione fra libri di pubblico dominio, libri per i quali i copyright erano scaduti o libri ancora sotto tutela di copyright.⁸

Le prime reazioni a questo progetto furono entusiastiche: alcuni commentatori lo hanno paragonato alla così detta "utopia" di Ted Nelson, il sociologo visionario che più di

⁶ Le cinque biblioteche possiedono complessivamente -escludendo le sovrapposizioni- circa 10,5 milioni di libri, sui circa 32 milioni di libri registrati complessivamente dal WorldCat nel gennaio 2005.

⁷ Il *Google Books Search Program* può essere considerato come il cuore della *vision* di Google consistente "nell'organizzare l'informazione a livello mondiale e renderla universalmente accessibile e funzionale". R. C. PICKER, *The Google Book Search Settlement: A New Orphan-Works Monopoly?*, in *Journal of Competition of Law and Economics*, 2009. Le informazioni relative al programma sono disponibili sul sito: <http://books.google.com/googlebooks/history.html>.

⁸ Il primo, pionieristico e tuttora attivo progetto di biblioteca digitale è stato il progetto *Gutenberg* -progetto riguardante la digitalizzazione in formato solo testo di opere in lingua inglese non coperte da copyright-. Nel tempo il tema della digitalizzazione del patrimonio testuale dell'umanità ha acquistato sempre più rilevanza: si è assistito ad una progressiva crescita di competenze specializzate anche attraverso l'avvio di servizi commerciali come Ebrary, Questia, NetLibrary ed al lancio di un gran numero di iniziative pilota e di progetti locali e nazionali, alcuni dei quali, il francese Gallica per esempio, particolarmente impegnativi. Fra le prime iniziative collaborative di digitalizzazione bibliotecaria va ricordato il *Million Book Project*, nato nel 2001 dalla collaborazione fra le Carnegie Mellon University Libraries e l'Internet Archive -progetto basato sulla collaborazione con istituzioni universitarie e di ricerca in India e in Cina, con l'obiettivo di allargare la digitalizzazione anche a testi in lingue non occidentali-. Due fattori in particolare accomunavano queste iniziative: da un lato la presenza di previsioni troppo ottimistiche e la conseguente incapacità di raggiungere gli obiettivi prefissati entro le date stabilite, dall'altro, l'assenza, almeno fino al 2003, di un sostegno rilevante da parte di partner commerciali "forti". La svolta c'è stata tra fine 2003 e fine 2005 con l'intervento massiccio dei colossi del settore, in particolare Microsoft, Google e Yahoo, che ha reso la digitalizzazione del patrimonio librario uno dei terreni di battaglia più combattuti del mondo della net economy. In particolare, l'avvio di programmi intensivi di digitalizzazione libraria con finalità commerciali si deve ad Amazon che nell'ottobre 2003 ha lanciato la funzionalità *Search Inside the Book* con l'obiettivo primario di promuovere l'acquisto permettendo al lettore di identificare libri per lui rilevanti e di "saggiarne" il contenuto. In seguito due nuove iniziative sono state aggiunte: Amazon Pages e Amazon Upgrade -con la prima funzionalità il lettore può avere l'accesso a pagamento a un numero maggiore di pagine del libro digitalizzato, fino a coprire interi capitoli o, eventualmente, il libro nella sua interezza; la seconda permette all'acquirente del libro su carta di acquistare, dietro pagamento di un sovrapprezzo, anche l'accesso permanente alla versione digitale dello stesso testo-. E' in questo contesto che il progetto Google Print ha cominciato a far parlare di sé: nato in sordina, poco dopo il lancio di *Search Inside the Book* da parte di Amazon, si è rivelato in tutta la sua forza ed ambizione nel dicembre 2004, con l'annuncio dell'intenzione di procedere alla digitalizzazione di buona parte del patrimonio bibliotecario delle cinque grandi biblioteche.

trent'anni fa propose la realizzazione di un ipertesto elettronico che consentisse a chiunque l'accesso a tutte le conoscenze generate dall'umanità.⁹

Di lì a poco il vento è cambiato. Il primo attacco è stato lanciato dal responsabile della Biblioteca Nazionale francese, che ha definito Google Print come il cavallo di Troia della cultura anglofona, che in questo modo si apprestava a compiere un ulteriore, decisivo passo verso l'americanizzazione del patrimonio culturale mondiale; in seguito, nel settembre 2005, un gruppo di autori (Author's Guild) intentò una *class action* denunciando come la digitalizzazione, la creazione di un database elettronico e la possibilità di consultarne estratti online costituissero una violazione dei loro diritti; un mese dopo, alcune case editrici (McGraw-Hill, Pearson Education, Penguin, Simon & Schuster e John Wiley & Sons) presentarono una seconda petizione. In risposta, Google ha ribattuto che la digitalizzazione dei libri e la possibilità per gli utenti di visualizzare frammenti di libri sono operazioni autorizzate dal principio di *fair use*, e, quindi, lecite.¹⁰

La disputa è sfociata, dopo una complessa trattativa, in un accordo transattivo siglato il 28 Ottobre 2008 tra Google, l'Association of American Publishers e l'Authors Guild of America (*Proposed Settlement Agreement - PSA*).¹¹ In data 13 novembre 2009, presso la Corte

⁹ L'ipertesto è un insieme di documenti messi tra loro in relazione mediante parole chiave. La caratteristica principale è che la lettura non deve essere sequenziale: il lettore non è costretto a leggere rispettando un ordine preciso ma qualsiasi documento può essere il "successivo" in base alla scelta della parola chiave da usare come collegamento.

¹⁰ Il *fair use* è una dottrina di *equity* codificata tramite statuto secondo cui soggetti diversi dai possessori di copyright possono usare, senza permesso, lavori protetti da diritti d'autore quando ciò è ragionevole per lo sviluppo scientifico e quello di arti utili. Non c'è una regola chiara per distinguere un ragionevole *fair use* da una violazione legalmente perseguibile. 17 U.S.C. §107. Lo statuto fornisce alcuni esempi di *fair use*, tra cui insegnamento e ricerca, ma la lista non è esaustiva. Una corte, invece, per decidere se un uso è giusto deve effettuare una ponderazione considerando quattro fattori statutari non esclusivi: 1) il fine e il tipo d'utilizzo, 2) la natura del lavoro protetto, 3) l'ampiezza e sostanzialità della porzione usata, 4) il danno che l'utilizzo può causare al potenziale mercato dell'opera in questione. Nel caso specifico Google può dichiarare a sua difesa che i suoi snippets riguardano solo poche frasi di un libro - "*amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole*" - o che l'offerta di brevi estratti non diminuisce il valore commerciale del libro - "*the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work*".

¹¹ Settlement Agreement, *The Authors Guild, Inc., Association of American Publishers, Inc., et al., v. Google Inc.*, Case No. 05 CV 8136-JES (S.D.N.Y. 28 ottobre 2008). Nel momento in cui tale accordo è stato presentato all'esame della corte, già 7 milioni di volumi erano stati digitalizzati da Google. Non è chiaro quale sarebbe potuto essere il risultato della controversia se le parti non avessero optato per questo *settlement*: 1) le corti federali avrebbero potuto condannare GBS -al pari di quanto accaduto nel caso di Napster, Kazaa o MP3.com- per aver effettuato riproduzioni, senza esserne autorizzato, con lo scopo di ricavarne profitti in un paese dove è un diritto statuario che la riproduzione o la visualizzazione di copie debba essere preceduta da un'autorizzazione [17 U.S.C. §106]; 2) le corti avrebbero potuto considerare GBS come un'applicazione giustificata in termini di *fair use* alla pari del videoregistratore, di una Web cache, o di un motore di ricerca di immagini -cioè come una tecnologia che ha migliorato l'accesso al pubblico per la maggior parte dei possessori di copyright causando un danno incidentale a pochi (situazione giustificabile in termini di *fair use* o di altre c.d. *copyright exceptions*) [questa seconda possibilità è discussa nel caso *Newton v. Diamond*, 388 F.3d 1189 (9th

Distrettuale degli Stati Uniti del Distretto Sud di New York, le parti hanno presentato una versione modificata dell'accordo, a seguito delle preoccupazioni manifestate dal Dipartimento di Giustizia statunitense e dalla Federal Trade Commission.¹² Una settimana più tardi, il nuovo *settlement* (*Amended Settlement Agreement* - ASA) è stato approvato in via preliminare. Il 18 febbraio 2010 il giudice della corte distrettuale di New York, Denny Chin, avrebbe dovuto tenere un'udienza per decidere sull'equità della transazione. Ma la decisione è stata posticipata per la complessità della documentazione accumulatasi nel corso di una polemica divenuta sempre più aspra.

In ogni caso va sottolineato come, tra le varie questioni legali, il progetto di Google non si sia fermato ma, piuttosto, rafforzato. Nel 2006 hanno aderito al Progetto le biblioteche di altre quattro università: l'Università della California, l'Università Complutense di Madrid, l'Università del Wisconsin-Madison e l'Università della Virginia. A inizio 2007, la Biblioteca Cantonale e Universitaria di Losanna e la Biblioteca dell'Università di Ghent hanno aderito al programma Google Ricerca Libri, contribuendo con un notevole numero di titoli in fiammingo, francese, latino, tedesco e altre lingue e portando il totale delle biblioteche europee a sei. A fine 2007, l'interfaccia di Google Ricerca Libri viene resa disponibile in oltre 35 lingue, dal giapponese al ceco, fino al finlandese; oltre 10.000 editori e autori da più di 100 Paesi partecipano al Programma Partner di Google Libri; il Progetto Biblioteche si estende passando a 28 partner, incluse sette biblioteche internazionali: Università di Oxford, Università Complutense di Madrid, Biblioteca Nazionale della Catalonia, Biblioteca dell'Università di Losanna, Università di Ghent e Università di Keio.

I. I DETTAGLI DELL'ACCORDO

I.A. LIBRI COPERTI DAL *SETTLEMENT*

Il progetto *Google Books* coinvolge, direttamente o indirettamente, tre diverse categorie di libri: libri di dominio pubblico (in quanto pubblicati prima del 1923 ovvero pubblicati tra il

Cir. 2004)]; 3) le corti avrebbero potuto condannare Google per violazione della legge sul copyright e, in tal caso, Google sarebbe stato costretto a interrompere la sua attività a seguito di un'*injunction* oppure a pagare una royalty in modo continuativo senza dover cessare la sua attività [questa terza possibilità è discussa nel caso *Abend v. MCA, Inc.*, 863 F.2d 1465, 1479 (9th Cir. 1988)].

¹² "I cambiamenti che abbiamo incluso nel nuovo patto -ha spiegato in un post sul blog ufficiale il responsabile di Google Books, Dan Clancy- vanno ad incontrare molte delle rimozioni che abbiamo ricevuto, preservando allo stesso tempo il nucleo dell'accordo originario: fornire l'accesso a milioni di libri e mostrare ai detentori dei diritti la strada per controllare e vendere le proprie opere online".

1923 e il 1963 ma con diritti d'autore non adeguatamente rinnovati come richiesto dalla legge sul copyright); libri disponibili sul mercato e libri non disponibili sul mercato (fruibili solo presso biblioteche o facendo ricorso al mercato dei libri di seconda mano). Il nuovo *settlement* riguarda esclusivamente i libri pubblicati entro il 5 gennaio 2009: mentre l'accordo originario si applicava indistintamente a qualsiasi libro, a seguito dell'opposizione sorta in paesi tra cui la Germania, la Francia e la Cina, nella versione modificata si è specificato che i lavori prodotti fuori dagli Stati Uniti sono inclusi nel nuovo accordo transattivo soltanto se pubblicati entro il 5 gennaio 2009 e se registrati presso il Copyright Office degli Stati Uniti entro tale data, o se pubblicati in Canada, nel Regno Unito o in Australia.¹³

I.B. IL REGISTRO DEI DIRITTI SUI LIBRI

L'accordo istituisce il Registro dei Diritti sui Libri (Registro) con un duplice ruolo di società gestione collettiva e centrale informativa sui diritti. Nello specifico, al Registro è assegnato il compito di individuare i detentori di diritti, creare un database con le informazioni ad essi relative, raccogliere i proventi derivanti dalla commercializzazione dei libri tramite Google e distribuirli ai titolari, amministrare i costi relativi alla notifica ed alla transazione. Il *settlement* modificato prevede che nel Comitato del Registro debbano essere presenti almeno un autore e un editore proveniente da ciascuno dei seguenti paesi: Canada, Regno Unito e Australia.¹⁴ Il Registro è inoltre incaricato di utilizzare i fondi dovuti ai titolari dei diritti di libri e inserti non reclamati (cd. fondi non reclamati) esclusivamente per rintracciare i detentori di diritti che non si sono ancora fatti avanti; rispetto alla prima versione è venuta meno la possibilità di utilizzare tali fondi per effettuare operazioni generali, creare riserve o per distribuzione tra i titolari individuati come tali.¹⁵

¹³ Nazioni, come spiegato, che hanno una tradizione culturale simile ed un *playing field* comune in termini di giurisprudenza e industria del libro.

¹⁴ ASA §6.2(b)(ii).

¹⁵ Più precisamente, nella §6.3 dell'ASA si legge: (a) dopo che i fondi non reclamati sono stati conservati per cinque anni, il Registro, in collaborazione con organizzazioni in Canada, Regno Unito e Australia, e in consultazione con il fiduciario, può utilizzare fino al 25% dei fondi al solo scopo di individuare i detentori di diritti; (b) i restanti fondi non reclamati verranno conservati per i detentori di diritti per almeno 10 anni, trascorsi i quali il Registro, potrà richiedere al tribunale l'autorizzazione a distribuire i fondi non reclamati ad associazioni culturali di beneficenza presenti negli Stati Uniti, Canada, Regno Unito e Australia, dandone comunicazione ai titolari, ai procuratori di tutti gli stati degli Stati Uniti e alle biblioteche aderenti in pieno e partecipanti.

I.C. POTERI RICONOSCIUTI A GOOGLE

In conformità alla nuova versione dell'accordo transattivo, i titolari dei diritti d'autore autorizzano Google, su base non esclusiva, a: 1) digitalizzare libri ed inserti; 2) vendere alle istituzioni abbonamenti al database elettronico di libri; 3) consentire, dietro pagamento di un corrispettivo, l'accesso online a singoli libri; 4) inserire pubblicità sulle pagine online dei libri; mostrare parti di un libro in un formato di anteprima; 5) mostrare frammenti dei libri ed informazioni sulla bibliografia dei libri. In cambio Google si impegna a versare in un fondo (*Settlement Class Fund*), gestito dal Registro, il 63% di tutte le entrate ricavate dagli usi commerciali dei libri in questione per compensare i titolari.¹⁶ Inoltre, relativamente alle opere digitalizzate prima della data ultima stabilita per effettuare l'*opt-out*, Google dovrà mettere a disposizione dei rispettivi titolari una cifra pari a 45 milioni di dollari.¹⁷

I.D. MECCANISMO DI TIPO *OPT-OUT*

L'accordo opera come una licenza di diritti tra Google, da un lato, e i titolari dei diritti d'autore dall'altro. Il meccanismo è di tipo *opt-out*: i detentori dei diritti d'autore vengono automaticamente considerati parte dell'accordo transattivo, salva la possibilità, per loro, di manifestare una eventuale diversa volontà ed attivarsi per chiedere a Google -entro il 9 marzo 2012- che effettui la rimozione o esclusione delle proprie opere. Con l'esclusione, i titolari possono gestire i c.d. *display uses* -usi di visualizzazione- dei loro libri che intendono concedere a Google, con facoltà di modificare queste scelte nel tempo¹⁸; optando per la rimozione, invece, il libro viene completamente cancellato da tutti i server di Google o delle biblioteche aderenti.¹⁹ Dopo il 9 marzo 2012, Google adempirà alle richieste di non digitalizzazione se, alla data della richiesta, il libro interessato non è ancora stato

¹⁶ ASA §2.1(a). Precisamente la ripartizione prevede che ai detentori di diritti vada il 70% dei profitti complessivi guadagnati da Google ridotti del 10%, per tener conto dei costi operativi sostenuti da Google, dedotti da tali profitti prima di effettuare il calcolo. [Fatti 100 i profitti totali, si ha: 70% (100 - 10% * 100) = 70% * 90 = 63].

¹⁷ ASA §2.1(b).

¹⁸ Gli usi di visualizzazione sono divisi in quattro categorie: (1) Usi di Accesso: permettono di vedere e commentare l'intero libro e di stampare e copiare/incollare parti del libro, con certe limitazioni relative al numero delle pagine; (2) Uso dell'Anteprima: in risposta alla ricerca di un utente, Google potrebbe permettere all'utente stesso di vedere fino al 20% di un libro (non più di cinque pagine consecutive) prima di decidere di acquistare. All'utente non sarà permesso, però, di copiare/incollare o stampare nessuna pagina del libro ("Anteprima Standard"); (3) Visualizzazione dei frammenti: in risposta alla ricerca di un utente, Google può mostrare tre o quattro righe del testo di un libro (un "frammento") fino ad un massimo di tre frammenti per utente per un determinato Libro; (4) Visualizzazione delle pagine di bibliografia: Google può mostrare agli utenti il titolo di un libro, la pagina dei copyright, il sommario e l'indice.

¹⁹ ASA §3.5(b).

digitalizzato.²⁰ Nel caso in cui, al contrario, il libro sia già stato digitalizzato il diritto di rimozione si restringe ad un diritto di esclusione: i possessori di diritti possono escludere i propri libri da tutti o alcuni *display uses*²¹ -renderli del tutto o in parte inaccessibili agli utenti- ma non possono eliminarli dal database di ricerca.²² Tenendo conto del fatto che l'Agreement permette agli autori di accordarsi con Google solo in relazione ai *display uses* dei propri lavori, il venir meno della possibilità di rimozione dal database di ricerca comporta che gli autori perdono il controllo sui *non-display uses* -usi di non visualizzazione-.

I.E. DIRITTI NON ESCLUSIVI

I diritti accordati a Google ed alle biblioteche aderenti²³ sono di tipo non esclusivo e i detentori dei diritti conservano il pieno diritto di autorizzare, attraverso il Registro o in altri modi, qualsiasi individuo o entità, inclusi i concorrenti diretti di Google, ad utilizzare le loro opere in qualsiasi modo, inclusi quelli previsti dall'accordo per Google.²⁴ La versione modificata del *settlement* ha peraltro eliminato la clausola di *most favoured nation* che garantiva a Google l'estensione di qualsiasi trattamento di maggior favore concesso dal Registro a terzi.²⁵

I. F. LIBRI DI PUBBLICO DOMINIO

La fascia critica va dal 1923 al 1963: i libri pubblicati prima del 1923 sono di pubblico dominio mentre, se un libro è stato pubblicato dopo il 1963, i diritti d'autore su di esso non sono ancora scaduti (potrebbe essere di pubblico dominio nel caso in cui sia stato pubblicato senza un'adeguata notifica). Il problema si ha per i libri pubblicati negli Stati Uniti tra il 1923 ed il 1963 in quanto essi sono tutelati dal copyright solo se questo è stato adeguatamente

²⁰ ASA §3.5(a).

²¹ ASA § 3.5(b)(i).

²² Come spiegato da Pamela Samuelson nella lettera scritta al giudice Chin, in opposizione all' Amended Settlement Agreement, a nome degli autori accademici "even if the author asks for her book to be removed from [Google Books], this does not mean that Google will actually purge them from its servers; these books will just be less accessible than if the author hadn't asked for them to be removed".

²³ L'accordo identifica due categorie di biblioteche aderenti basate sul loro livello di partecipazione alla transazione: biblioteche aderenti in pieno e biblioteche partecipanti. Le biblioteche aderenti in pieno sono biblioteche che permettono a Google di digitalizzare libri delle loro collezioni e a cui Google fornisce una copia digitale di quei libri. Le biblioteche partecipanti ricevono gli stessi diritti ed obblighi di partecipazione delle biblioteche aderenti in pieno, eccetto per il fatto che non riceveranno o avranno accesso alla copia digitale della biblioteca e per il fatto che dovranno accettare di cancellare qualsiasi copia digitale di libri ricevuta da Google.

²⁴ ASA §2.4.

²⁵ Una dettagliata descrizione della clausola di *most favoured nation* e delle problematiche ad essa relative si trova in R. PICKER, *op. cit.*, p. 19.

notificato al momento pubblicazione e propriamente rinnovato. Per la precisione, i libri possono essere di pubblico dominio per diverse ragioni:

- se i diritti d'autore sono scaduti;
- se il titolare dei diritti non ha rispettato determinate formalità (quindi i diritti non sono validi);
- se fin dall'inizio i lavori non erano idonei per essere tutelati da diritti;
- se gli autori li hanno destinati al pubblico dominio.

Un'attenzione particolare va prestata ai lavori pubblicati fuori dagli Stati Uniti. Tali lavori possono essere di pubblico dominio in quanto non sono state ottemperate le formalità della legge degli Stati Uniti (come la notifica e i requisiti per il rinnovo), o in quanto sono stati pubblicati in paesi che non avevano relazioni di diritto d'autore con gli Stati Uniti (come l'Unione Sovietica prima del 1973) hanno visto i propri diritti ripristinati il primo Gennaio del 1996. Questo attraverso l'*Uruguay Round Agreements Act* (URAA) che ha implementato il *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT). Per essere idoneo a tale ripristino un lavoro deve soddisfare contemporaneamente determinati requisiti:

- al tempo in cui è stato creato almeno un autore doveva essere cittadino o residente in un paese avente relazioni di diritto d'autore con gli Stati Uniti (mediante la Convenzione di Berna, il WTO, o un proclama presidenziale che estendesse la protezione del copyright a quel paese sulla base del trattamento reciproco dei lavoratori dei cittadini o residenti negli Stati Uniti);
- il primo Gennaio del 1996 il lavoro doveva ancora essere protetto da copyright nel suo paese d'origine;
- il lavoro era di pubblico dominio negli Stati Uniti in quanto non soddisfaceva le formalità imposte dalla legge statunitense;
- il lavoro non era stato pubblicato negli Stati Uniti nei 30 giorni successivi alla sua prima pubblicazione all'estero.

I lavori che soddisfano i requisiti per il reintegro dei copyright hanno una scadenza pari a quella che avrebbero avuto se tutte le formalità richieste dalla legge statunitense fossero state soddisfatte. La scadenza per i lavori pubblicati prima del primo gennaio del 1978 era di 95 anni dall'anno della prima pubblicazione; per i lavori pubblicati il o dopo il primo gennaio 1978 i copyright hanno durata pari alla vita dell'autore più 70 anni.

Va chiarito che sebbene l'accordo non si applichi espressamente ai libri di pubblico dominio, questi ne sono comunque interessati in quanto viene previsto un meccanismo, finanziato da Google, che permette di chiarire quali libri sono, allo stato attuale, di pubblico dominio.²⁶ Tali libri, una volta inseriti nel database di Google, possono essere visionati online, scaricati e stampati gratuitamente.

I.G. LIBRI TUTELATI DAI COPYRIGHT E DISPONIBILI SUL MERCATO

Nella prima versione del *settlement* si consideravano in commercio i libri “disponibili in commercio attraverso canali abituali negli Stati Uniti”.²⁷ Criticata per il suo carattere discriminatorio, in particolare dagli editori europei, questa definizione è stata modificata e nella nuova versione dell'accordo si legge che un libro è disponibile sul mercato (in commercio) se viene offerto per la vendita come nuovo da parte di un rivenditore che si può trovare in qualsiasi luogo del mondo ad un acquirente che si trova negli Stati Uniti, in Canada, nel Regno Unito o in Australia.²⁸

Esistono casi in cui non è chiaro se sia l'autore o l'editore a detenere diritti digitali su un libro in quanto il linguaggio contrattuale utilizzato non prevede la digitalizzazione. Da ciò consegue una situazione in cui né l'autore né l'editore sono disponibili a dare una licenza digitale a causa del rischio di dover pagare danni statutari nel caso in cui si accerti che era l'altra parte a detenere i diritti. Inoltre, la pubblicazione di un libro senza il permesso di chi vanta il diritto alla sua utilizzazione economica esporrebbe il responsabile al risarcimento dei danni “statutari”, con chiara impronta punitiva. L'accordo fornisce un meccanismo per risolvere questa situazione di incertezza, mettendo in chiaro quando un libro può essere inserito nel database digitale di Google ed essere visualizzato o venduto.²⁹

²⁶ ASA §3.2(d)(v) e appendice E.

²⁷ PSA §1.27.

²⁸ ASA §1.31.

²⁹ ASA appendice A, articolo V. Sia l'autore che l'editore sono considerati detentori di diritti su un determinato libro, entrambi devono, quindi, essere d'accordo sul fatto che Google faccia uno o più usi di visualizzazione dei libri. L'editore deve notificare al registro e all'autore del libro quali usi di visualizzazione egli intende autorizzare. L'autore ha il diritto, entro 30 giorni dalla data in cui ha ricevuto tale notifica, di notificare all'editore ed al Registro quali degli usi di visualizzazione richiesti non autorizza, in tal caso solo gli usi autorizzati da entrambe le parti potranno essere effettuati. Se passano i 30 giorni senza che l'editore riceva alcuna notifica dall'autore, tutti gli usi da lui richiesti saranno effettuati. In ogni caso, passati i 30 giorni, l'autore e l'editore continueranno ad essere entrambi detentori di diritti.

Per default il contenuto dei libri disponibili sul mercato non può né essere visualizzato né venduto da Google.³⁰ I titolari dei diritti d'autore possono, tuttavia, in qualunque momento permettere a Google di mostrare gratuitamente estratti dei loro libri.³¹ Nel caso in cui tale visualizzazione venga consentita, il libro diventa automaticamente disponibile per essere venduto, in modo non esclusivo, da Google sia a singoli consumatori sia in termini di sottoscrizioni istituzionali. I possessori dei diritti hanno, comunque, la possibilità di opporsi alla vendita.³²

Per default i libri venduti attraverso Google possono essere visionati online nella loro interezza ma possono essere selezionate, copiate ed incollate al massimo 4 pagine per volta e stampate solo 20 pagine alla volta;³³ tuttavia, ai titolari viene data la facoltà di rimuovere tali limiti alla stampa e copia dei loro libri.³⁴

Per ogni vendita regolata dalla transazione i detentori dei diritti ricevono il 63% di tutti i proventi relativi agli usi commerciali che Google fa dei loro libri.³⁵ L'allocazione può essere modificata convenzionalmente: sia Google che ogni titolare di copyright possono opporsi alla vendita se la controparte non è d'accordo a cambiare le percentuali di ripartizione.³⁶

Le vendite ai consumatori avvengono libro per libro e, in ogni specifica situazione, ciascun titolare dei diritti ha a sua disposizione tre opzioni di scelta riguardo alla fissazione del prezzo: 1) può stabilire qualsiasi prezzo (anche pari a zero) desiderato per la vendita del suo libro tramite Google; 2) può lasciare a Google il compito di fissare il prezzo mediante l'utilizzo un algoritmo, definito nell'accordo ed elaborato in modo da simulare i prezzi in un mercato competitivo³⁷ 3) può scegliere una strategia mista, ossia incaricare Google di fissare il prezzo utilizzando l'algoritmo ma nel rispetto di limiti massimi e minimi specificati dall'interessato.³⁸ La nuova versione del *settlement* specifica che il Registro non

³⁰ ASA §3.2(b).

³¹ ASA §3.4(b).

³² ASA §3.5(b)(i).

³³ ASA §4.2(a).

³⁴ ASA §3.3(g).

³⁵ ASA §2.1(a).

³⁶ ASA §4.5(a)(iii).

³⁷ ASA §4.2(c)(ii)(2). "The Pricing Algorithm shall base the Settlement Controlled Price of a Book, on an individual Book by Book basis, upon aggregate data collected with respect to Books that are similar to such Book and will be designed to operate in a manner that simulates how an individual Book would be priced by a Rightsholder of that Book acting in a manner to optimize revenues in respect of such Book in a competitive market, that is, assuming no change in the price of any other Book".

³⁸ ASA §4.5(b), (c)(i).

comunicherà a nessuno, eccetto ai titolari dei rispettivi diritti, il prezzo controllato della transazione.³⁹

Nella prima versione del *settlement* era previsto un diverso meccanismo di fissazione dei prezzi e dei termini delle licenze che il Department of Justice degli Stati Uniti aveva giudicato anticompetitivo per il ruolo eccessivo ricoperto dal Registro. E' per questo motivo che nella seconda versione viene data maggiore libertà ai singoli autori ed editori di fissare i prezzi e le condizioni di vendita e viene introdotto l'algoritmo che simula le dinamiche del mercato concorrenziale.

Ogni detentore dei diritti di sfruttamento dell'opera ha a sua disposizione varie opzioni di scelta anche con riferimento alla commercializzazione del proprio libro: 1) vendere attraverso un rivale di Google; 2) trattare con Google affinché venda ad un tasso differente rispetto a quello di default presente nell'accordo; 3) vendere lo stesso libro attraverso Google e, simultaneamente, attraverso un suo rivale a qualsiasi prezzo egli voglia; 4) vendere attraverso un rivale di Google mantenendo, tuttavia, il vantaggio di avere estratti del libro mostrati su Google.

Google, dal canto suo, può escludere dalle proprie collezioni un libro per una qualsiasi ragione non editoriale impegnandosi a comunicare quale libro sia stato escluso e per quale motivo.⁴⁰ Inoltre, Google ha la possibilità di scontare il prezzo di listino del consumatore nella misura in cui continui a corrispondere al Registro il 63% del prezzo di listino non scontato.⁴¹

Guardando il problema da un altro punto di vista, Google ha la possibilità di effettuare un'offerta non esclusiva ai titolari dei diritti per la visualizzazione e vendita dei loro libri a determinati prezzi con una suddivisione dei proventi secondo lo standard 63/37. A seguito di tale offerta, ogni detentore di diritti può dal canto suo: 1) accettare l'offerta ed essere, al tempo stesso, libero di vendere a qualsiasi altro prezzo o percentuale attraverso un rivale di Google; 2) respingere l'offerta e vendere attraverso un rivale di Google a qualsiasi prezzo o percentuale egli desideri; 3) accettare l'offerta unicamente rispetto alla vendita del suo libro per poi fissare unilateralmente il prezzo di rivendita da lui voluto; 4) respingere l'offerta nella parte relativa alla suddivisione dei proventi e cercare di giungere ad un accordo con Google

³⁹ ASA §4.2(c)(iii).

⁴⁰ ASA §3.7(e).

⁴¹ ASA §4.5(b)(i).

per l'utilizzo di una diversa ripartizione; 5) accettare l'offerta limitatamente alla visualizzazione, e, quindi, non alla vendita, del proprio libro; 6) accettare l'offerta ma limitare la vendita all'acquisto da parte dei consumatori e non attraverso sottoscrizioni istituzionali o vice versa.

I.H. LIBRI TUTELATI DA COPYRIGHT E NON DISPONIBILI SUL MERCATO

Esattamente come per i libri disponibili sul mercato, è previsto un meccanismo per decidere nel caso in cui non è chiaro se l'autore o l'editore posseggano diritti digitali sui libri non disponibili sul mercato.⁴² I libri non disponibili sul mercato possono essere divisi in due categorie: libri reclamati e libri non reclamati. A sua volta la categoria dei libri non reclamati può essere suddivisa in due sub-categorie: quella dei libri che verranno reclamati una volta che l'accordo diventi efficace e quelli che non verranno mai reclamati. Nel primo *settlement*, Google acquisiva una licenza relativa a tutti gli usi previsti dal *settlement* e il Registro, nel caso in cui le opere continuassero a non essere rivendicate, poteva utilizzare i fondi raccolti⁴³ con un certo livello di discrezionalità.⁴⁴ Il nuovo accordo prevede che il Registro, utilizzando i fondi messi a sua disposizione, si attivi per identificare i titolari attivando incentivi perché essi rivelino la loro identità; i fondi che il Registro non riuscirà a distribuire entro 10 anni saranno devoluti a *literacy-based charities* negli Stati Uniti, Canada, Regno Unito e

⁴² ASA appendice A, articolo VI. Per tutti i libri fuori commercio che sono *works-for-hire*, solo l'editore è considerato avente diritto in relazione al controllo delle operazioni di rimozione, esclusione, cambiamento negli usi di visualizzazione, prezzo praticato al consumatore. Per tutti i libri fuori commercio i diritti dei quali sono tornati agli autori o che si è stabilito siano trattati come *author-controlled*, solo gli autori possono essere considerati detentori di diritti in relazione al controllo delle operazioni di rimozione, esclusione, cambiamento negli usi di visualizzazione, al controllo prezzo applicato al consumatore. Per tutti i libri fuori commercio i diritti dei quali non sono tornati agli autori e che non sono né *works-for-hire* né *author-controlled*, sia l'autore che l'editore sono considerati detentori di diritti in relazione al controllo delle operazioni di rimozione, esclusione, cambiamento negli usi di visualizzazione, tuttavia, tale controllo dell'editore deve essere legato ad una buona ragione (per ragioni legali, tecniche, editoriali, politiche, commerciali o economiche dell'editore). Nel caso di conflitto fra autore ed editore riguardo agli usi da autorizzare, il Registro deve seguire l'indicazione più restrittiva fra le due. Il prezzo da praticare al consumatore può essere fissato dall'autore o dall'editore ma il Registro, dopo aver ricevuto la richiesta di cambiamento del prezzo, dovrà comunicarlo all'altra parte e in caso di una tempestiva obiezione dell'altra parte il Registro deve mantenere il prezzo più alto fra i due proposti finché le parti non riescono ad accordarsi su un nuovo prezzo. ["Work for hire" (lavoro prodotto da un dipendente i cui copyright appartengono al committente e non allo scrittore) è un'espressione usata nella legge sul copyright degli Stati Uniti. Nell'editoria degli Stati Uniti, essa si riferisce ad un'opera creata da un autore in conformità con un contratto con il proprio editore, ove l'editore è considerato l'autore del lavoro. Inoltre, l'espressione si riferisce all'opera creata da un dipendente nel corso del proprio lavoro, caso in cui la legge sul copyright degli Stati Uniti tratta il datore di lavoro come l'"autore" dell'opera. In entrambi i casi, la legge statunitense prevede che il soggetto che ha creato l'opera non abbia alcun interesse di copyright su di essa].

⁴³ Per avviare la creazione e le operazioni iniziali del Registro, Google ha accettato di pagare US \$34,5 milioni. Dopo il finanziamento delle operazioni iniziali tramite il pagamento di Google, il Registro sarà finanziato per mezzo di una piccola tassa amministrativa calcolata come percentuale delle entrate ricevute da Google.

⁴⁴ PSA §6.3(a).

Australia.⁴⁵ Inoltre, il nuovo accordo prevede la nomina, con l'approvazione del tribunale, di un fiduciario indipendente che rappresenti gli interessi dei detentori di diritti sui libri non reclamati.⁴⁶

I termini dell'accordo relativi alla visualizzazione e vendita di libri non disponibili sul mercato sono sostanzialmente gli stessi previsti per i libri disponibili sul mercato. Precisamente i detentori di diritti possono: 1) impedire che i propri libri vengano visualizzati e venduti tramite Google; 2) essere liberi di fissare qualsiasi prezzo vogliano per la vendita dei propri libri tramite Google; 3) vendere attraverso un rivale di Google in aggiunta o al posto della vendita tramite Google; 4) concordare con Google una suddivisione dei proventi diversa da quella di default 67/37.

In presenza di libri non reclamati, Google deve usare lo stesso algoritmo usato per i libri reclamati.⁴⁷ Nel nuovo accordo sono presenti due eccezioni rispetto alla disciplina dei libri disponibili sul mercato: 1) per default i libri non disponibili sul mercato possono essere visualizzati e venduti da Google;⁴⁸ 2) nel caso in cui i titolari autorizzino Google a mettere a disposizione i libri non disponibili sul mercato per l'acquisto dei consumatori devono anche autorizzare Google ad includere quei libri nelle sottoscrizioni istituzionali.⁴⁹

I.I. UN PADRE PER I LIBRI ORFANI?

I libri non reclamati sono comunemente chiamati libri orfani. Tuttavia, il termine orfani potrebbe essere svitante perché in realtà i detentori dei diritti su tali libri esistono, mentre è sconosciuta la loro identità o locazione; se, al contrario, fossero privi dei rispettivi detentori di diritti questi libri sarebbero libri di pubblico dominio. E' soprattutto in relazione a questa

⁴⁵ "Beginning with the sixth year after the Effective Date, and every year thereafter, subject to the approval of the Unclaimed Works Fiduciary, the Registry may use up to twenty-five percent (25%) of Unclaimed Funds earned in any one year that have remained unclaimed for least five (5) years (such percentage to be allocated across all unclaimed Books in proportion to the Unclaimed Funds that they earned) for the purpose of attempting to locate the Rightsholders of unclaimed Books [...]". ASA §6.3(a)(i)(2). "Beginning ten (10) years after the Effective Date, any Unclaimed Funds shall be allocated proportionally to the United States, Canada, the United Kingdom and Australia, based, respectively, on the number of Books registered with the United States Copyright Office (for the United States) and the number of Books published in Canada, the United Kingdom and Australia. Subject to the approval of the Unclaimed Works Fiduciary as to the timing of such motions, the Registry may file a motion or motions with the Court recommending how Unclaimed Funds held at least ten (10) years should be distributed to literacy-based charities in each such country that directly or indirectly benefit the Rightsholders and the reading public, after consultation with Google and, acting through the Designated Representative, the Fully Participating Libraries and the Cooperating Libraries [...]". ASA §6.3(a)(i)(3).

⁴⁶ ASA §6.2(b)(iii).

⁴⁷ ASA §4.2(b).

⁴⁸ ASA §3.3(b).

⁴⁹ ASA §3.5(b)(iii).

tipologia di libri che, come verrà in seguito spiegato, il Department of Justice e numerose altre voci, statunitensi e non, hanno criticato l'accordo, in entrambe le sue versioni, per la creazione di effetti discorsivi. Infatti, mentre per le altre tipologie di opere il Registro, dietro mandato dei titolari, concede a Google licenze non esclusive di sfruttamento, in relazione alle opere non reclamate, non essendo individuati i detentori dei diritti, Google acquista di fatto licenze esclusive: un concorrente non può ottenere nulla di simile dal momento che manca il soggetto a cui chiedere. L'unica possibilità sarebbe quella di utilizzare le opere senza permesso ma in tal modo violerebbe la legge su copyright. L'importanza del problema può essere quantificata: da una stima fornita a fine 2009 da Michael Cairns, i libri orfani ammontano a 580.388;⁵⁰ David Drummond, direttore legale di Google, ha stimato che dei libri presenti nel GBS corpus, circa uno cinque è probabilmente orfano;⁵¹ altri stimano percentuali ancora più elevate.⁵²

Sintetizzando quanto finora detto, i due scenari *pre* e *post settlement* possono essere rappresentati come segue:

⁵⁰ M. CAIRNS, 580,388 *Orphan Works - Give or Take*, in «PERSONANONDATA», 2009 disponibile su <http://personanondata.blogspot.com/2009/09/580388-orphan-works-give-or-take.html>

⁵¹ *Competition and Commerce in Digital Books: Hearing Before the H. Comm. on the Judiciary*, 110th Cong., 2^d Sess (2009).

⁵² Band stima che il 75% dei libri resterà *unclaimed*. J. BAND, *The Long and Winding Road to the Google Books Settlement*, 27 John Marshall Rev. Intell. Prop. L., 2009.

Scenario pre-settlement

Stato dei libri	Possibilità di utilizzo			
	Ricerca nel testo	Visualizzazione	Download, copia, stampa	Pagamento ai titolari
Out-of-copyright (pubblico dominio)	Si	Completa	Si	No
In-copyright, in presenza di accordo con l'editore	Si*	Accesso completo o 20% come anteprima*	No*	Si*
In-copyright, senza alcun accordo	Si	Frammenti (poche righe)	No	No

Scenario post-settlement

Stato dei libri	Possibilità di utilizzo			
	Ricerca nel testo	Visualizzazione	Download, copia, stampa	Pagamento ai titolari
Out-of-copyright (pubblico dominio)	Si	Completa	Si	No
In-copyright	Si*	20% anteprima gratuita o accesso completo a pagamento*	Limitata*	Si*

* previsioni modificabili in via pattizia

Nel secondo scenario la categoria “*in-copyright*, nessun accordo” viene abolita dato che è il *settlement* stesso a fungere da *default agreement* e per molti detentori di diritti esso sostituisce accordi indipendenti con Google.

II. QUESTO SETTLEMENT NON S’HA DA FARE

II.A. PROPOSED SETTLEMENT

Dal primo momento in cui il *settlement* è stato annunciato, si sono sollevate voci critiche verso ciò che è stato definito come il maggiore accordo di licenza di copyright nella storia degli Stati Uniti. Sul versante statunitense fra gli altri vanno menzionati gli *statement of interest* presentati dal DoJ, così come le obiezioni di Microsoft ed Amazon⁵³ (i principali concorrenti di Google) e le varie analisi e memorie presentate da studiosi e professori,⁵⁴ sul versante europeo posizioni estremamente critiche sono state assunte dai Governi francese e tedesco, da varie associazioni di editori europee, dalla *Federation of European Publishers* (FEP) e dall’Associazione Italiana Editori (AIE). D’altro canto, le parti coinvolte nella transazione hanno difeso con fermezza l’accordo (in entrambe le sue versioni) sostenendo che non solo in esso non c’è nulla che prevenga i concorrenti dal seguire le orme di Google ed ottenere simili licenze su lavori orfani ma che, inoltre, esso fornirebbe agli autori ed editori nuove possibilità di guadagno in relazione alle copie digitali dei loro libri e beneficerebbe il pubblico rendendo ampiamente disponibili on-line copie di libri fuori stampa che altrimenti sarebbe difficile se non impossibile rintracciare.

Un dettagliato riassunto delle numerose critiche mosse alla transazione originale nel versante statunitense si ritrova nel fascicolo di 32 pagine presentato dal DoJ il 18 Settembre 2009 al termine di un’indagine formale.⁵⁵ E’ così emerso che, se da un lato andavano riconosciuti i grandi benefici di una biblioteca digitale per la società -uno fra tutti la possibilità di rendere largamente accessibili i libri fuori commercio-, dall’altro, l’accordo presentava molte problematiche di carattere legale; la Corte avrebbe dovuto, quindi, respingerlo nei termini in

⁵³ Amazon ha accusato l’accordo di porsi come un “*copyright hack*” senza precedenti.

⁵⁴ Fra tutti, R. DARNTON, *Google and the Future of Books*, in «The New York Review of Books», 56(2), Feb. 2009; J. GRIMMELMAN, *How to Fix the Google Book Search Settlement*, in «Journal of Internet Law», 12(2), Apr. 2009; R. C. PICKER, *op. cit.*; P. SAMUELSON, *Legally Speaking: The Dead Souls of the Google Book Search Settlement*, O’Reilly Radar, Apr. 2009.

⁵⁵ *Statement of Interest of the United States of America Regarding Proposed Class Settlement, The Author's Guild, et. al. v. Google Inc.*, No. 05-CV-8136, S.D.N.Y., Sept. 18, 2009.

cui era stato presentato e incoraggiare le parti a rinegoziare ed apportare modifiche che lo rendessero in linea con la legge antitrust, le regole sulla *class action*, e la disciplina sul copyright.

Con riferimento alla disciplina antitrust, due le criticità più rilevanti.

Prima di tutto, il meccanismo di fissazione dei prezzi e dei termini delle licenze previsto dal *settlement* è stato giudicato anticompetitivo per il ruolo eccessivo assunto, per la sua determinazione, dal Registro, organismo controllato collettivamente da autori ed editori. Secondo, il risultato dell'accordo sarebbe stato quello di precludere ad altri distributori la possibilità di competere con Google nella vendita di servizi digitali e di creare, quindi, un'esclusività di fatto perlomeno in relazione alla distribuzioni dei libri orfani.

Relativamente al problema dei prezzi le critiche riguardavano: 1) la fissazione di prezzi di default e il divieto per Google di praticare sconti al dettaglio;⁵⁶ 2) il controllo dei prezzi dei libri orfani da parte degli autori ed editori noti -i libri dei quali sono in competizione proprio con quelli orfani-;⁵⁷ 3) il fatto che i rappresentanti della categoria -che sono tra loro diretti concorrenti- negoziassero collettivamente, a nome di tutti i titolari, i termini che ognuno di loro avrebbe dovuto rispettare nella sua contrattazione individuale con Google. Tuttavia, se da un lato la fissazione orizzontale dei prezzi è generalmente considerata illecita *per se*, la Corte Suprema US ha, in vari casi, respinto un'analisi *per se* a favore di una *rule of reason*. Nel celebre caso *Broadcast Music, Inc. v. CBS*, i membri di una *collecting society* si valevano di quest'ultima per accordare agli utenti *blanket licenses* relative a tutte le composizioni musicali; riconoscendone il forte potenziale competitivo la corte decise di non considerare questa pratica illegale *per se* ma di analizzarla in termini di *rule of reason*. La conclusione è stata che l'utilizzo di quel tipo di licenza superava lo scrutinio della *rule of reason*, ed era quindi lecito, per la presenza di rilevanti effetti pro competitivi -da un lato, efficienze di costo nella vendita, nel monitoraggio e nell'implementazione dei diritti, dall'altro, la creazione di un nuovo prodotto- e la mancanza di effetti anti competitivi -gli utenti erano liberi di avere in licenza le singole canzoni direttamente dai detentori di diritti-.⁵⁸

Pur avendo riconosciuto che il *settlement* proposto da Google poteva portare alla creazione di un nuovo prodotto e produrre le stesse efficienze di costo che avevano persuaso la corte nel

⁵⁶ Il potere di Google di fissare i prezzi dei libri simultaneamente, piuttosto che individualmente in un mercato competitivo, secondo Grimmelmann “*walks and quacks like a cartel*”. J. GRIMMELMANN, *op cit.*

⁵⁷ Il sospetto presentato è che i titolari conosciuti, avendo il controllo del Registro, conducano le negoziazioni e fissino il prezzo futuro dei libri orfani in modo da assicurarsi che questi non offrano una effettiva competizione.

⁵⁸Case 441 U.S. 1, 21-25 (1979).

caso *BMI*, il DoJ ha evidenziato l'esistenza di importanti differenze fra i due casi. Prima di tutto, a prescindere dal nuovo prodotto che avrebbe potuto offrire, Google avrebbe venduto ogni libro singolarmente operando però come un agente di vendita collettivo; e dal momento che l'accordo consentiva agli autori ed editori di accordarsi con Google sui prezzi in dimensione collettiva (piuttosto che in modo bilaterale), si sarebbe ridotta la competizione fra i detentori di diritti in relazione alla quota loro spettante dei profitti derivanti dalla *blanket license*. In più, nell'accordo mancavano le garanzie presenti in *BMI*, ossia il controllo esercitato tramite il *consent decree* e il successivo scrutinio; e ciò comportava che Google ed il Registro avessero un potere amplissimo nel fissare i prezzi delle sottoscrizioni al servizio.⁵⁹ L'obiezione del DoJ sulla distanza da *BMI* è pertinente; ma implica solamente che i due casi debbano essere soggetti ad una diversa analisi e non che il *settlement* sia comunque destinato ad una valutazione di illiceità.

Nell'*Amicus Brief* presentato l'8 settembre 2009 da professori di *Antitrust Law and Economics* a supporto del *settlement* vengono difese posizioni di tutt'altro tenore rispetto a quella del DoJ: la proposta transattiva viene considerata sostanzialmente simile alla licenza complessiva del caso *BMI*, e, per certi aspetti, anche meno restrittiva.⁶⁰ La seconda versione dell'accordo, inoltre, ha cercato di rispondere alle preoccupazioni antitrust dando maggiore capacità al singolo editore o autore di fissare i prezzi e le condizioni di vendita, includendo anche la possibilità di utilizzare licenze gratuite *creative commons*⁶¹ o simili, e introducendo

⁵⁹ Queste stesse problematiche vengono sollevate da Pamela Samuelson la quale aggiunge al dibattito un focus sul rischio di potenziali effetti di rete legati ai vantaggi in termini di ampiezza del catalogo e della base installata di clienti (Google potrebbe integrare il suo Google Book Search con altri prodotti e servizi per i quali sono possibili sottoscrizioni da parte di università, biblioteche ed altre istituzioni operanti nel settore dell'informazione o della formazione) a cui si aggiunge la considerazione del vantaggio ormai quinquennale acquisito da Google. Il risultato paventato dalla Samuelson è quello di una deterrenza all'entrata di potenziali competitors consapevoli dell'incompletezza delle proprie biblioteche digitali con la conseguenza di un "virtually unassailable competitive advantage" per Google. P. SAMUELSON, *op. cit.*

⁶⁰ Prima di tutto, mentre l'intermediario in *BMI* offriva *blanket licenses* ma non canzoni individuali, il *settlement* richiede che Google offra i libri sia mediante *blanket licenses* che in modo individuale: ciò che in *BMI* era un rimedio richiesto dall'attore, la possibilità di vendite singole, nel caso del *Google settlement* è lo stesso accordo a prevederla. Secondo, in *BMI* i detentori di diritti non potevano fissare propri prezzi per le vendite tramite l'intermediario, il *settlement*, invece, permette ai titolari di determinare i propri prezzi per le vendite tramite Google. Terzo, i detentori di diritti in *BMI* non potevano dare le canzoni in licenza ad un intermediario rivale, al contrario, secondo quanto previsto dal *settlement*, i titolari possono dare i propri libri in licenza affinché siano distribuiti sia tramite Google che qualsiasi altro rivale. La conclusione di Elhauge è che se il *BMI agreement* non era né illegale *per se* né una violazione della *rule of reason*, il *Google Books Settlement* non può violare la legge antitrust. E. ELHAUGE, *Why the Google Books Settlement is Procompetitive*, Dec. 30, 2009, disponibile su SSRN.

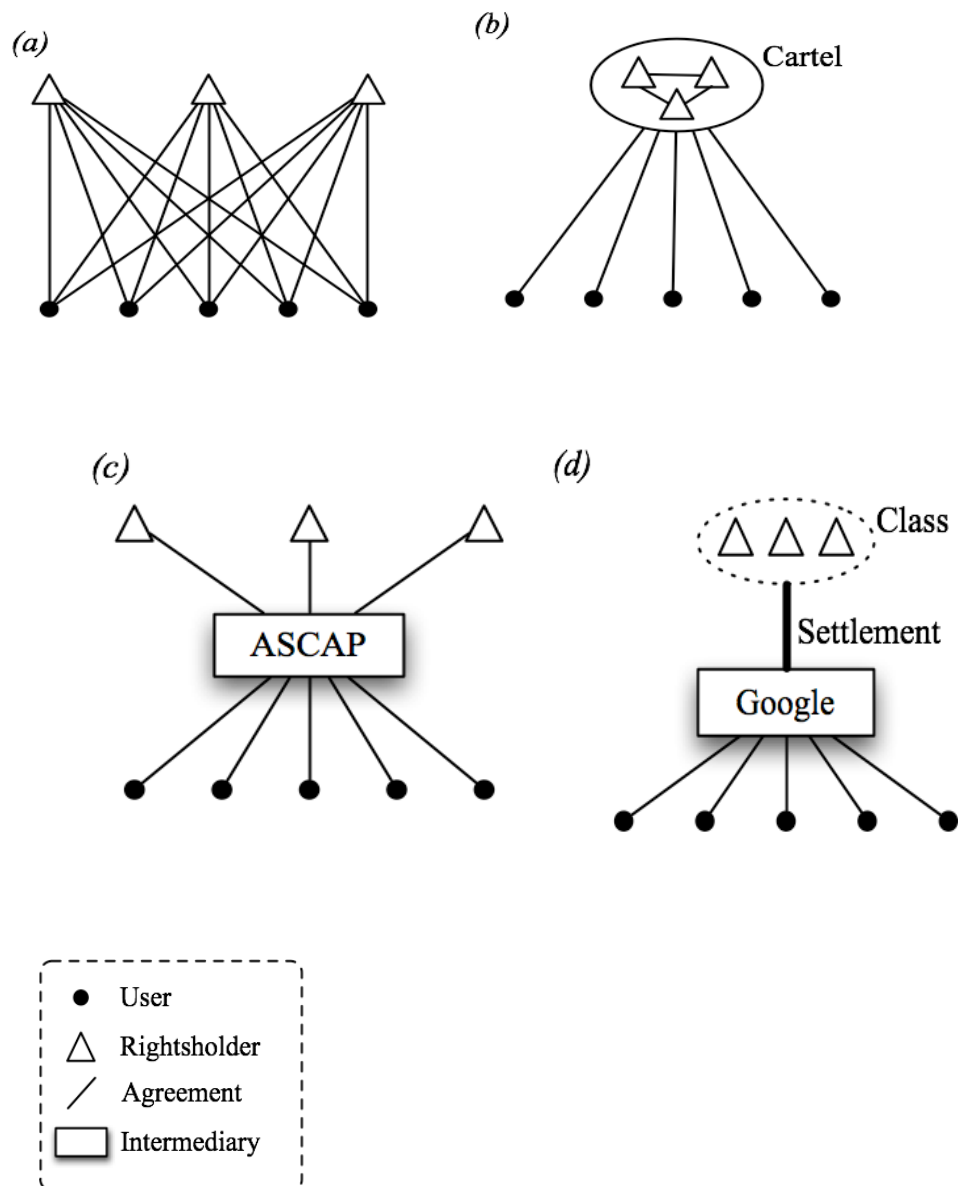
⁶¹ Licenze Creative Commons è la denominazione di alcune licenze di diritto d'autore -applicabili a tutti i tipi di opere dell'ingegno- redatte e messe a disposizione del pubblico a partire dal 16 dicembre 2002 dalla Creative Commons, un ente non-profit statunitense fondato nel 2001. Queste licenze offrono diverse articolazioni dei diritti d'autore per coloro che desiderano condividere le proprie opere secondo il modello "Some Rights

un algoritmo di determinazione dei prezzi per i libri non rivendicati che simula le dinamiche di un mercato concorrenziale.

La differenza tra accordi indipendenti e simultanei è stata rappresentata da Fraiser nel modo seguente:⁶²

Reserved” -alcuni diritti riservati -. In sostanza, il modello alcuni diritti riservati costituisce una via di mezzo tra la protezione totale realizzata dal modello "All Rights Reserved" -tutti i diritti riservati- e dall'altra l'assenza totale di diritti -"No Rights Reserved"-: l'autore di un'opera può decidere quali diritti riservarsi e quali concedere liberamente. Nello specifico, si è in presenza di quattro tipi di clausole: attribuzione, non commerciale, non opere derivate, condividi allo stesso modo. Nello specifico, dalla combinazione di tali clausole, il progetto Google Books ha previsto sette tipi di licenze (sei classiche Creative Commons ed una per il pubblico dominio). *Creative Commons (Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate)*: consente la distribuzione del libro con attribuzione della paternità, ma vieta l'uso commerciale o le opere derivate (vieta modifiche nel testo); *Creative Commons (Attribuzione-Non commerciale)*: consente la distribuzione del libro e le relative opere derivate (consente la modifica del testo), a condizione che in ogni caso venga attribuita la paternità, ma vieta l'uso commerciale; *Creative Commons (Attribuzione-Non commerciale-Condividi allo stesso modo)*: consente la distribuzione del libro e la creazione di opere da esso derivate (consente la modifica del testo), in ogni caso con attribuzione della paternità e ai sensi della stessa licenza o di una licenza simile, ma vieta l'uso commerciale; *Creative Commons (Attribuzione-Non opere derivate)*: consente la distribuzione e l'uso commerciale del libro, a condizione che in ogni caso venga attribuita la paternità, ma vieta le opere derivate (vieta modifiche nel testo); *Creative Commons (Attribuzione-Condividi allo stesso modo)*: consente la distribuzione, l'uso commerciale del libro e le relative opere derivate (consente la modifica del testo), in ogni caso con attribuzione della paternità e ai sensi di una licenza identica a questa; *Creative Commons (Attribuzione)*: consente la distribuzione, l'uso commerciale del libro e le opere da esso derivate (comprese le modifiche al testo), a condizione che in ogni caso venga attribuita la paternità; *Creative Commons (CCO)*: consente di rinunciare a tutti i diritti di copyright sul Titolo Autorizzato destinandolo al dominio pubblico.

⁶² E. M. FRASER, *Antitrust and the Google Books Settlement: the Problem of Simultaneity*, Stanford Technology Law Review 4, 2010, <http://stlr.stanford.edu/pdf/fraser-antitrust-and-google-books.pdf>.



La figura (a) raffigura un mercato competitivo in cui ogni *rightsholder* conclude accordi di licenza indipendenti con ciascun utente. La figura (b) ritrae una situazione monopolistica: i detentori di diritti si accordano sul prezzo da praticare agli utenti finali (i quali compreranno da tale cartello). Nella figura (c) è rappresentato il mercato per i diritti relativi alle performance musicali: un intermediario -come ASCAP- riceve, in una prima fase le licenze dai titolari e, in una seconda fase, da le canzoni in licenza collettiva -*blanket license*- agli utenti finali. Infine, la figura (d) rappresenta il *Google Book Settlement* che, nell'ottica di Fraser va considerato come una via di mezzo tra (b) e (c): al contrario di quanto accadeva nel

caso *BMI*, non vengono realizzati accordi verticali indipendenti ma i competitors sono riuniti dalla *class action* e concludono un unico accordo simultaneo -il *settlement agreement*- con Google. La conclusione a cui giunge l'autore è che, in tutti e tre i casi, la presenza di un'autorità decisionale centralizzata dovrebbe essere guardata con sospetto, dalla prospettiva della §1 dello Sherman Act, in quanto il suo obiettivo naturale è quello di alzare i prezzi e diminuire l'output rispetto ad una situazione competitiva. Ma è effettivamente così? Quattro aspetti rendono labile questa conclusione: 1) è vero che i detentori di diritti sono riuniti nel *settlement* ma esso non prevede la possibilità di azione collettiva, piuttosto ogni titolare può fissare i prezzi e le condizioni di vendita che preferisce, per il proprio libro, accordandosi direttamente con Google; 2) i libri non costituiscono prodotti omogenei, anzi sono estremamente differenziati tra loro, e ciò implica il venir meno di una condizione fondamentale per la creazione di accordi cartellistici -l'omogeneità del prodotto, appunto-; 3) anche se è previsto che Google possa vendere licenze collettive, le *blanket licenses*, gli utenti finali non sono obbligati ad acquistarle ma possono optare per l'acquisto di singoli lavori; 4) i detentori dei diritti non hanno l'obbligo di dare le proprie opere in licenza esclusiva a Google.

Rispetto alla seconda problematica, le posizioni più critiche sono quelle tenute da James Grimmelmann,⁶³ Pamela Samuelson⁶⁴ e Robert Darnton.⁶⁵ Secondo Grimmelmann il "centro della promessa, del pericolo, e dei problemi del *settlement* sta nelle opere non reclamate". Dal momento a Google vengono consentiti l'utilizzo e la vendita sulla base di un silenzio-assenso, Google si trova ad avere accesso ad un segmento di mercato in cui nessun altro può entrare, e questo solleva problematiche relative ad un potenziale monopolio. E' vero che il Registro può accordare ai *competitors* di Google licenze di sfruttamento delle opere digitali, ma questo solo laddove abbia mandato dai titolari, quindi solo per le opere reclamate. L'unico modo con il quale un concorrente potrebbe entrare in possesso di un'analogha licenza per le opere non rivendicate sarebbe quello di imitare la condotta di Google digitalizzando le opere orfane senza il consenso preventivo degli autori, nella speranza di concludere un accordo transattivo, analogo a quello concluso da Google, con le associazioni di autori ed

⁶³ J. GRIMMELMANN, *The Google Books Search Settlement: Ends, Means, and the Future of Books*, "NWLS Legal studies Research Paper", Apr. 8, 2009.

⁶⁴ P. SAMUELSON, *The Audacity of the Google Books Search Settlement*, "The Huffingtonpost", Aug. 10, 2009.

⁶⁵ R. DARNTON, *Google and the Future of Books*, *op. cit.*

editori. Questo comportamento, tuttavia, non sembra essere un' eventualità plausibile.⁶⁶ Un altro problema ravvisato da Grimmelmann è la possibilità che si attuino forme di discriminazione di prezzo. In mancanza di concorrenza il *settlement* potrebbe compromettere valori fondamentali per le biblioteche come l'equità dell'accesso all'informazione, la privacy degli utenti e la libertà intellettuale. Secondo Samuelson non può essere trascurata l'importanza dei problemi correlati agli aspetti relativi alla privacy degli utenti e alla loro possibile rintracciabilità. Darnton, dal canto suo, presenta il rischio che la più grande collezione di *e-books* al mondo diventi non una biblioteca digitale ma una libreria a pagamento e ipotizza uno scenario simile a quanto avvenuto con gli abbonamenti alla versione digitale delle riviste scientifiche.⁶⁷ Lo stesso, sottolinea, inoltre, il rischio che l'assenza di concorrenti per quanto riguarda il servizio di abbonamento per le istituzioni, insieme ad una domanda probabilmente molto alta per questo servizio da parte delle biblioteche accademiche, renderà le biblioteche notevolmente vulnerabili a speculazioni sul prezzo.⁶⁸ Tuttavia, nonostante tali considerazioni, a Ottobre 2010, lo stesso Darnton ha pubblicato un articolo nel quale propone l'idea di creare una National Digital Library negli Stati Uniti e nel difendere tale proposta e la sua fattibilità, dopo tante critiche, cita come esempio la storia "di successo" di Google.⁶⁹ Il punto è che, oltre a prendere come modello l'operato di Google, Darnton non offre una soluzione per le problematiche, tanto criticate, in

⁶⁶ Secondo alcuni bibliotecari il costo di creazione dell'archivio digitale implementato dal *settlement* suggerisce che non ci saranno altre entità in grado di crearne uno simile in un ragionevole futuro.

⁶⁷ Uno dei filtri più autorevoli del sapere nella comunità della ricerca è costituito dalle riviste scientifiche. Se da un lato sono le biblioteche universitarie a sottoscrivere gli abbonamenti alle riviste scientifiche, dall'altro, sono i professori e i ricercatori che scrivono articoli, offrono contributi, partecipano ai comitati redazionali, e ciò in parte per diffondere la conoscenza ma soprattutto per avanzare la propria carriera. Il problema è che i costi degli abbonamenti alle pubblicazioni scientifiche sono aumentati nel tempo e l'impatto sul budget messo a disposizione dalle biblioteche per l'acquisto degli abbonamenti è stato drammatico: a causa dei costi alle stelle, le biblioteche che erano solite impiegare il 50 per cento del loro budget per l'acquisizione di monografie ora spendono il 25 per cento o meno. Le case editrici universitarie, che dipendono dalle vendite alle biblioteche, non possono coprire i loro costi pubblicando monografie. E giovani studiosi che dipendono dalla pubblicazione per i loro avanzamenti di carriera sono a rischio. Più in generale, le biblioteche ed istituzioni di ricerca, dovendo investire una parte dei loro bilanci per l'accesso a pagamento a Google Books -fornitore in regime di monopolio di un servizio a cui non si potrà rinunciare- saranno costrette a togliere tali risorse ad altri possibili investimenti ed acquisti.

⁶⁸ Tuttavia va detto che tra le modifiche apportate alla prima versione dell'accordo c'è l'eliminazione della clausola di nazione più favorita, accusata di scoraggiare i potenziali *competitor* dal seguire Google nella distribuzione digitale perché non avrebbero potuto ottenere termini migliori di quelli di Google. Precisamente la clausola stabiliva che per 10 anni il Registro non avrebbe potuto garantire a nessun altro condizioni - economiche e non- migliori di quelle riservate a Google. PSA §3.8(a).

⁶⁹ "The idea [of a National Digital Library] is neither utopian nor unrealistic [...]: Google in digitizing large numbers of books and making many of them available online, has demonstrated its feasibility. Google is a success story with a lesson to be learned: we can mobilize the technology and master the logistics that are necessary to digitize the holdings of our research libraries on an enormous scale". R. DARNTON, *Can we Create a National Digital Library?*, The New York Review of Books, Oct. 28, 2010.

cui è incorso Google e in cui, inevitabilmente il progetto di una National Digital Library incorrerebbe a sua volta.⁷⁰

Rispetto all'azione di categoria, il DoJ ha sollevato dubbi sul fatto che fossero stati rispettati gli standard federali per un “*class-action settlement*” presenti nella *Rule 23* della *Federal Rule of Civil Procedure* e, più in generale, della disciplina su copyright.⁷¹ La *Rule 23* nasce per garantire che il *settlement* di un'azione di categoria risolva dispute a nome di soggetti che hanno interessi coincidenti con quelli di chi prende l'iniziativa giudiziale e per proteggere gli interessi dei titolari assenti; per prevenire abusi, la regola 23 richiede che la categoria sia definita in termini di comunanza, tipicità e adeguatezza della rappresentanza e che il *settlement* sia giusto, ragionevole e adeguato.⁷² A parere del DoJ entrambi questi punti

⁷⁰ Nello specifico, Darnton non offre soluzioni ma si limita a porre domande: “I propose that we dismiss the notion that a National Digital Library of America is far-fetched, and we concentrate instead on [...] issues as: How can we deal with the problem of copyright and orphan books?” R. DARNTON, *Can we Create a National Digital Library?*, *op. cit.*

⁷¹ La classe comprende tutte le persone (ed i loro eredi, successori e aventi causa) che, al 5 gennaio 2009 (data inizio validità della notifica), fossero titolari di “un interesse in copyright USA” su uno o più libri o inserti “coinvolti dall'uso” autorizzato dalla transazione. Questa classe è divisa in due sottoclassi: la “sottoclasse degli autori” (autori di libri ed altri scritti, i loro eredi, successori e aventi causa, e tutti gli altri membri della azione di categoria della Transazione che non fanno parte de “la sottoclasse degli editori”) e la “sottoclasse degli editori” (compagnie che pubblicano libri e periodici ed i loro successori e aventi causa).

⁷² (1) Numerosity (the class is so large that joinder of all members is impracticable”); (2) commonality (there are questions of law or fact common to the class); (3) typicality (parties' claims or defences “are typical of the class”); and (4) adequacy of representation (representatives will fairly and adequately protect the interests of the class). Relativamente all'applicazione della *Rule 23*: *Amchem Prods., Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 620, 628-29 (1997); *Gen. Tel. Co. of the Sw. v. Falcon*, 457 U.S. 147, 157 n.13 (1982); *E. Tex. Motor Freight Sys., Inc. v. Rodriguez*, 431 U.S. 395, 403-05 (1977). In particolare, in *Amchem* la Corte Suprema doveva decidere se approvare un *class action settlement* relativo ad attuali e future richieste di risarcimento per danni causati da esposizioni all'amianto. La corte ha considerato il *settlement* in questione una risposta significativa ad una crisi reale: in decine di migliaia di azioni legali erano stati chiesti risarcimenti per danni subiti a seguito dell'esposizione, migliaia di nuove azioni legali si prospettavano per il futuro e i costi transattivi legati a tali azioni spesso eccedevano l'ammontare che poteva essere recuperato. Tuttavia decise contro l'approvazione del *settlement*. Prima di tutto in considerazione del fatto che il Congresso nella possibilità di intervenire mediante un'azione amministrativa -considerato come il più sicuro, giusto ed efficiente mezzo per compensare le vittime delle esposizioni- aveva scelto di non farlo e, nell'ottica della corte, sarebbe stato ardito dire che mediante un *class action settlement* si sarebbe potuto ottenere lo stesso risultato. Inoltre, con specifico riferimento alla *Rule 23*, la corte nutriva seri dubbi sul fatto che i quattro requisiti fossero soddisfatti, in particolare quello dell'unità degli interessi: i membri della classe avevano subito diversi gradi di esposizione all'amianto per diversi periodi di tempo, avevano sofferto di diversi disturbi, i loro interessi erano diversi e problematici -la differenza maggiore era fra gli interessi dei soggetti che già avevano manifestato i sintomi e quelli di coloro che non si erano ancora ammalati in quanto i primi propendevano per l'ottenimento di risarcimenti sostanziosi nel più breve tempo possibile mentre gli altri preferivano che ampi fondi rimanessero disponibili per future richieste di risarcimento-. Perché questa diversità costituiva un problema? Perché molte persone avrebbero preso coscienza della propria appartenenza alla classe solo molti anni dopo l'approvazione del *settlement* -quando, cioè, si fossero manifestati i sintomi legati all'esposizione all'amianto- e, di conseguenza, avrebbero potuto non avere le informazioni e la lungimiranza necessarie per decidere propriamente se far parte della classe o effettuare un *opt out*. Effettuando un parallelo col caso Google la classe, nel *settlement* originario, era costituita da tutti coloro che vantavano un *U.S. copyright interest* su uno o più libri e, date le relazioni contrattuali instaurate dagli Stati Uniti, questa classe avrebbe virtualmente inglobato tutti i possessori di tali diritti sparsi nel mondo. [S.

venivano violati nella circostanza. In termini di divergenza di interessi dei soggetti coinvolti varie questioni sono state sottolineate: molti degli editori e autori che avevano preso parte all'azione di categoria erano in fiera concorrenza fra loro, sì che non ci si poteva aspettare che avessero interessi allineati; l'interesse degli autori accademici, al contrario di quello dei membri dell' Authors Guild, è che i propri libri fuori stampa siano liberamente disponibili piuttosto che soggetti a prezzi *profit-maximising*; gli autori accademici sono più propensi dei membri dell' Authors Guild a considerare in termini di *fair use* la scannerizzazione dei libri per fini di indicizzazione e la messa a disposizione di loro estratti. La divergenza, inoltre, non è solo in termini di interessi ma anche contrattuale. Ogni autore ed editore i cui libri ancora protetti da copyright sono nel GBS ha un particolare contratto che alloca gli interessi di copyright, ognuno di questi contratti è governato da leggi statali e le regole statali d'interpretazione dei contratti sono diverse tra loro.⁷³ I contratti di pubblicazione hanno termini diversi e spesso sono ambigui in termini di allocazione dei diritti sui libri in formato digitale. Un altro problema riguarda la rappresentanza e protezione dei possessori di copyright su libri orfani: questi soggetti costituiscono un gruppo eterogeneo, che include non solo gli editori ed autori esistenti ma anche eredi, assegnatari, creditori e altri soggetti che acquisiscono interessi proprietari per mezzo di contratti o operazioni legali. Da un lato, è difficile o impossibile localizzarli e registrarli, dall'altro, tali soggetti potrebbero essere incerti sui propri diritti e su come sfruttarli. A completare il tutto si aggiungeva la previsione secondo cui, nel caso in cui il titolare dei diritti sui libri fuori commercio non fosse venuto allo scoperto entro cinque anni, i profitti derivanti dallo sfruttamento commerciale di quelle opere sarebbero stati in parte utilizzati per pagare le spese del Registro e in parte distribuiti ai soggetti registrati. Questa disposizione -che implicava il fatto che il Registro e i detentori di diritti registrati beneficiassero a spese di chi non avesse reclamato i propri diritti e profitti e faceva nascere seri dubbi sul fatto che i membri rappresentanti, i quali godevano di una piena protezione verso i futuri possibili sviluppi e che avrebbero tratto beneficio dallo sfruttamento delle opere di altri, potessero e volessero rappresentare adeguatamente gli interessi dei soggetti non pienamente protetti- è stata modificata. Nel nuovo accordo è previsto che i fondi non reclamati vengano utilizzati dal Registro per cercare i titolari dei diritti e che passati

RICKETSON & J. C. GINSBURG, *Berne Convention and Beyond International Copyright and Neighbouring Rights Agreements from 1886 to the Present* §6.89 (2d Ed. 2006)]. E' vero che nel *settlement* modificato la classe è più ristretta, tuttavia è sempre considerevolmente ampia, decine di milioni di titolari di diritti sarebbero inclusi - molti più soggetti di quelli presenti in *Amchem*- diversi tra loro e con interessi confliggenti.

⁷³ Si veda, ad esempio, *Random House v. Rosetta Books*, 283 F.3d, 491-92.

dieci anni possano essere donati in beneficenza ad associazioni letterarie.⁷⁴ Inoltre, le ampie disposizioni di licenza che davano a Google ed al Registro un controllo *open-ended* (per non meglio specificati usi futuri) per lo sfruttamento dei diritti dei membri assenti -a meno di un loro espresso *opting-out* da quelle disposizioni- avrebbero esacerbato i potenziali conflitti fra gli interessi dei rappresentanti di categoria e quelli dei membri assenti, specialmente dei possessori di diritti su libri orfani e su quelli stranieri.⁷⁵

In termini di copyright, un primo punto evidenziato era che il Registro e gli altri soggetti coinvolti nell'accordo avrebbero avuto diritti su tutti i lavori scannerizzati -così dette *blanket licenses*- a meno che i titolari non si fossero attivati per uscire dall'accordo. Altre implicazioni riguardavano i copyright a livello internazionale: gli autori al di fuori degli Stati Uniti avrebbero potuto vedere apparire i propri lavori nella raccolta di Google senza aver concesso una licenza per la loro distribuzione negli Stati Uniti.

Nell'ottica del DoJ tutte le spinose questioni sopra elencate andavano risolte dal Congresso e non lasciate ad un accordo tra privati: *"as a threshold matter, the central difficulty that the proposed Settlement seeks to overcome -the inaccessibility of many works due to the lack of clarity about copyright ownership and copyright status- is a matter of public, not merely private, concern. A global disposition of the rights to millions of copyrighted works is typically the kind of policy change implemented through legislation, not through a private judicial settlement"*.

In particolare, le modifiche suggerite dal DoJ comprendevano l'imposizione di limitazioni sulle clausole *open-ended* relative a licenze future, la sostituzione del meccanismo di *opt out* con quello di *opt in* -adesione esplicita ai termini del *settlement*-, l'eliminazione di potenziali conflitti fra gli appartenenti alla classe, la garanzia di maggiore protezione per i titolari di diritti sconosciuti, il fornire risposte alle preoccupazioni di autori ed editori stranieri, l'eliminazione dei meccanismi a disposizione di autori ed editori per una fissazione congiunta dei prezzi e l'elaborazione di meccanismi per mezzo dei quali i concorrenti potessero guadagnare un accesso paragonabile a quello di Google.

⁷⁴ ASA §6.3.

⁷⁵ Grimmelmann critica questo vantaggio competitivo acquisito da Google in relazione ai libri orfani in quanto esso "would come from the stroke of a District Judge's pen, not from superior product, business acumen or historic accident". J. GRIMMELMANN, *The Amended Google Books Settlement is Still Exclusive*, in «The CPI Antitrust Journal», January 2010. Picker aggiunge che se Google avesse ricoperto una posizione monopolistica a seguito di una rischiosa attività imprenditoriale ciò lo avrebbe legittimato ad imporre prezzi monopolistici senza incorrere in alcuna responsabilità -la Corte Suprema aveva deliberato in tal senso nel caso *Linkline*-. R. PICKER, *op. cit.*, p.7; *Pacific Bell Telephone Co. v. Linkline Communications, Inc.*, 555 U.S. (2009).

Sul fronte europeo hanno combattuto in prima linea la FEP e l'AIE, con le rispettive obiezioni presentate alla corte di New York. Così come accaduto oltreoceano, anche sul versante europeo i punti su cui si è da subito concentrata l'attenzione sono stati le modalità di trattamento dei diritti d'autore e il rischio di effetti distorsivi della concorrenza. Il diritto d'autore, secondo quanto sancito dalla Convenzione di Berna, si basa su due principi fondamentali: il consenso preventivo per l'utilizzo di qualsiasi opera e la non necessità di alcuna formalità (in particolare di registrazione) per ottenere la protezione. A parere dell'AIE l'accordo violava entrambe queste disposizioni in quanto, da un lato, in numerosi casi Google avrebbe potuto digitalizzare e utilizzare commercialmente le opere senza ottenere il consenso preventivo, dall'altro lato, i detentori di diritti sarebbero stati obbligati, per ottenere tutela, a registrare le proprie opere presso il Registro. Sebbene le norme del diritto d'autore possano prevedere eccezioni al principio del consenso preventivo, tali eccezioni (art 9.2 della Convenzione di Berna) possono essere introdotte solo per legge così da essere utilizzabili da chiunque; nel caso in questione, invece, una sorta di eccezione viene introdotta attraverso un accordo tra privati per mezzo di una procedura di *class action* per estenderne la portata, e a beneficio di una sola azienda.

In termini antitrust, in linea con quanto evidenziato dai critici d'oltreoceano, sono stati espressi dubbi sulla presenza di licenze, di fatto esclusive, sui lavori orfani -già pochi giorni dopo la pubblicazione dell'accordo, la FEP ha denunciato il "*risk of a de facto monopoly for distribution of books that is contrary to the interest of consumers and society at large and which could endanger the European book industry and cultural diversity*"- e sul meccanismo di fissazione dei prezzi e dei termini delle licenze previsto dal *settlement*, giudicato anticompetitivo in relazione al particolare ruolo svolto dal Registro. Il cuore delle obiezioni europee è rappresentato dalla concorrenza dell'iniziativa di Google con quelle portate avanti da altri soggetti -a partire dalle biblioteche digitali europee (riunite in Europeana)- in quanto, mentre queste iniziative sono basate sul rispetto delle regole del diritto d'autore, e quindi degli standard di "ricerca diligente" dei detentori di diritti -da seguire per identificare i titolari prima di utilizzarne le opere-, Google non è vincolato al rispetto di tali standard e quindi avrebbe un vantaggio considerevole sul lato dei costi: l'accordo crea una distorsione competitiva.

Essendo la distinzione fra libri in commercio e libri fuori commercio un passaggio cruciale, la modalità con cui un titolo viene considerato "in commercio" è di importanza

fondamentale. Due fattori contano: la definizione adottata di “*commercially available*” e la concreta determinazione di ciascun titolo come in commercio o fuori commercio.

Per quel che riguarda la definizione, questa prevedeva che solo i libri “disponibili in commercio attraverso canali abituali negli Stati Uniti” fossero considerati in commercio. A seguito delle rimostranze degli editori europei per la discriminazione a danno dei loro volumi, nella versione modificata viene considerato in commercio qualsiasi libro che sia venduto in qualsiasi parte del mondo.

Riguardo alla determinazione di commercialità, vari limiti procedurali sono stati evidenziati: 1) il *settlement* stabiliva che fosse Google, in prima battuta, a determinare lo status commerciale di ciascun libro, combinando fonti diverse, secondo modalità non definite con precisione; 2) se Google non era in grado di riconoscere un record bibliografico, incrociandolo con una fonte terza, di *default* il libro doveva essere considerato fuori commercio, e quindi entrare nella banca dati commerciale di Google; 3) se un avente diritto si accorgeva di un’errata valutazione, poteva segnalarlo, ma doveva fornire le prove di quanto affermava -questo passaggio è stato eliminato dal testo del secondo accordo-, con un rovesciamento per lo meno singolare, così che valeva di più la determinazione fatta da un terzo rispetto a quella del titolare; 4) se l’errore veniva accertato, l’unica conseguenza per Google era la rimozione, entro 30 giorni, del libro, senza la possibilità per l’autore o l’editore il cui diritto fosse stato violato di richiedere alcun tipo di danni. Il risultato era che Google avrebbe guadagnato nel considerare i libri fuori commercio, perché li avrebbe potuti sfruttare commercialmente, senza rimetterci in caso di una determinazione sbagliata. Inoltre, considerando che la procedura per effettuare una corretta determinazione è molto costosa, Google avrebbe dovuto fare ingenti investimenti al fine di ridurre i propri profitti, e ciò non era considerato plausibile.⁷⁶ In risposta a ciò, nella nuova versione è stabilito che un libro

⁷⁶ Il problema principale era legato al fatto che è differente determinare lo status commerciale di “un’opera” rispetto a quello di “un libro”. Dal momento che tutte le banche dati esistenti forniscono dati a livello di libro - in quanto servono il normale commercio librario- se un’opera è andata fuori commercio nell’edizione rilegata ma è disponibile in quella tascabile, segnano come “fuori commercio” la prima; occorre allora fare un lavoro di raggruppamento (*clustering*) delle diverse edizioni che ciascuna opera può aver avuto, che è un lavoro molto complesso. Il risultato è che l’analisi della banca dati del *settlement* condotta da AIE ha rivelato una situazione incredibilmente deficitaria. Nello specifico l’AIE ha testato il meccanismo analizzando un campione di 284 libri di 18 importanti scrittori italiani del Novecento che hanno avuto nel tempo più edizioni e ha trovato tassi di errori sorprendenti: per l’81% dei libri in commercio analizzati esisteva, nella banca dati utilizzata da Google, almeno una edizione considerata “*non commercially available*”, e quindi digitalizzabile, e oltre il 40% dei record erano sbagliati sotto questo profilo. A parere dell’AIE tale situazione non era non casuale ma “frutto del meccanismo disincentivante messo in piedi dal *settlement*, che -per rimanere nella metafora delle “opere orfane”- induce a “uccidere i genitori”, a ignorare cioè i diritti di autori ed editori”. AIE, *Analysis of commercial*

determinato come “fuori commercio” non può essere utilizzato (nei *display use*, anche laddove sia fatta la digitalizzazione) per 60 giorni; che il Registro può utilizzare per cercare l’avente diritto e chiedergli autorizzazione; se un autore o editore indica un libro come “in commercio”, questo deve essere trattato come tale salvo che Google provi il contrario (nella precedente versione era l’opposto: prevaleva la determinazione di Google fino a prova fornita dall’editore); in caso di errore Google non ha più 30 giorni di tempo per porre rimedio, ma deve farlo “prontamente” -l’espressione è vaga, ma le prassi negli Stati Uniti di *notice and take down* sono tali che non si possa considerare “pronta” una reazione che avvenga dopo più di 48 ore-; Google si impegna a concordare ex ante con il registro le metodologie per tenere sotto controllo la qualità dei dati (come era stato esplicitamente richiesto dall’AIE).

Come battuta finale va precisato che la FEP e l’AIE sponsorizzano il progetto Arrow (Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works) come strumento, alternativo a Google Search, attraverso cui “davvero può perseguirsi un beneficio per tutti: autori, editori, biblioteche”. Nel prosieguo verrà spiegato come ciò si dimostri essere una semplice fantasia.

II.B. AMENDED SETTLEMENT

Come già più volte rimarcato, le tante critiche e obiezioni sollevate hanno indotto le parti a rinegoziare e presentare un nuovo *settlement* denominato ASA (Amended Settlement Agreement).⁷⁷ Tuttavia, nonostante le importanti modifiche apportate, anche questa versione ha incontrato resistenze.⁷⁸ Il 5 febbraio 2010 il DoJ ha presentato una dichiarazione di interesse al giudice Denny Chin della Corte Distrettuale per il Distretto Sud di New York affermando come i cambiamenti apportati nella versione modificata, per quanto significativi, non sono sufficienti.⁷⁹ Le preoccupazioni del DoJ, come quelle di molti altri soggetti,

availability of important Italian authors’ works in the Settlement Database, presentato come “Exhibit C” alle obiezioni.

⁷⁷ B. STONE & M. HELFT, *Google and Partners Revise Terms of Digital Book Deal*, in «The New York Times», 14 novembre 2009.

⁷⁸ “Non vedo come queste modifiche risolvano alcunché per quanto concerne le opere orfane”, ha dichiarato Gary Reback, legale antitrust legato ad aziende come Amazon e Microsoft. “Nessuna delle modifiche apportate -ha spiegato Peter Brantley parlando a nome della Open Book Alliance- sembra risolvere le preoccupazioni mostrate dal Dipartimento di Giustizia. Con queste operazioni di lifting, Google e i suoi soci cercano di deviare l’attenzione dal loro scopo principale: stabilire un monopolio sull’accesso e la distribuzione dei contenuti digitali”.

Un elenco completo dei documenti relativi alla versione modificata dell’accordo è disponibile *on-line* a: http://thepublicindex.org/documents/amended_settlement.

⁷⁹ *The Author’s Guild, et. al. v. Google, Inc.*, No. 05-CV-8136, (S.D.N.Y. Oct. 28, 2008; Feb. 4, 2010).

ricadono nelle aree già evidenziate nel suo precedente fascicolo.⁸⁰ Prima di tutto viene sottolineato come a Google vengano ancora conferiti significativi vantaggi anticompetitivi che lo rendono, di fatto, l'unico operatore nel mercato digitale col diritto di distribuire e sfruttare in vari modi una vasta gamma di opere in più formati. Inoltre, mentre il procedimento legale originario era pensato solo con riferimento alla scansione non autorizzata di opere tutelate da copyright, l'ASA conferisce a Google il potere di andare oltre la semplice scansione e diventare un attore dominante in termini di pubblicazione e distribuzione di libri digitali. Secondo, richiedendo che i detentori di diritti effettuino un *opting-out* dal programma, l'accordo crea una deroga alle regole del Copyright Act secondo le quali i titolari di diritti devono esplicitamente concedere l'autorizzazione per gli usi dei loro lavori. Terzo, in termini di *class action*, pur essendo riconosciuto il fatto che l'*amended settlement* è più circoscritto nella sua portata rispetto all'accordo originale, il DoJ evidenzia la persistenza di gravi problematiche quali una divergenza di interessi fra i rappresentanti della categoria, da un lato, e gli altri detentori di diritti che potrebbero essere coinvolti dall'accordo, dall'altro, e la mancanza di prove del fatto che ai titolari dei diritti sia stata data un'adeguata notifica del procedimento. Oltre a tutto ciò persistono dubbi sull'adeguatezza di un procedimento di *class action* per il conseguimento di obiettivi di politica pubblica.⁸¹ Anche in questo caso la Divisione Antitrust, a termine della sua ricostruzione, ha presentato una serie di raccomandazioni per una revisione dell'accordo: la corte dovrebbe richiedere che i possessori di copyright effettuino un *opting in* (piuttosto che un *opting out*) per essere vincolati ai termini del *settlement*; l'ambito di applicazione dell'accordo dovrebbe essere limitato ai lavori statunitensi (applicazioni più ampie fanno sorgere notevoli problematiche in termini di equità, effetti anti competitivi, esecutività), le disposizioni sui libri orfani dovrebbero essere modificate affinché a Google vengano imposte precise linee guida col fine di una minimizzazione del numero di libri che ricadono nella categoria di libri orfani;

⁸⁰ Pamela Samuelson considera i detentori di diritti stranieri e quelli sui libri orfani come "vittime" del *settlement*. P. SAMUELSON, *The Google Book Settlement: Real Magic or a Trick?*, in «The Economists' Voice», 6, 2009.

⁸¹ "Although the United States believes the parties have approached this effort in good faith and the amended *settlement* agreement is more circumscribed in its sweep than the original Proposed Settlement, the amended settlement agreement suffers from the same core problem as the original agreement: it is an attempt to use the class action mechanism to implement forward-looking business arrangements that go far beyond the dispute before the court in this litigation". Secondo *Statement*, nota 15.

dovrebbero essere implementate procedure che permettano a successivi potenziali entranti di ottenere paritetiche condizioni d'accesso nel mercato dei lavori orfani.⁸²

Ancora sul versante europeo, il 28 Gennaio 2010, sono state presentate obiezioni a nome di due membri di categoria⁸³ e delle cosiddette Foreign Associations (associazioni di autori ed editori della Repubblica federale Tedesca⁸⁴, Svizzera⁸⁵, Austria⁸⁶, Italia⁸⁷ e Nuova Zelanda⁸⁸) per chiedere alla corte di respingere l'ASA o di negare la certificazione della categoria con rispetto ai detentori di diritti stranieri. Un primo punto evidenziato è che le limitazioni introdotte con riferimento al luogo di pubblicazione, di fatto, non limitano la portata geografica del *settlement* ai soli lavori provenienti dagli Stati Uniti e dagli altri *chosen countries*, di conseguenza continuano ad essere potenzialmente coinvolti libri provenienti, virtualmente, da ogni parte del mondo, a condizione che in un certo momento il lavoro sia stato registrato presso il Copyright Office degli Stati Uniti oppure abbia un *place of publication* in uno dei *chosen countries*. Oltre che illusorie tali limitazioni sono state anche accusate di arbitrarietà e mancanza di una coerente giustificazione. Una seconda critica riguarda la definizione dei libri⁸⁹, considerata amorfa e non gestibile da un punto di vista amministrativo, col risultato di non portare alla creazione di una categoria ben definita⁹⁰ e di

⁸² La posizione di attore monopolista o, comunque, di attore dominante reca in sé la possibilità di abusi quali la fissazione di prezzi monopolistici, l'integrazione di servizi per innalzare le barriere all'entrata, *bundling* di prodotti.

⁸³ Carl Hanser Verlag (prominente editore Tedesco che ha pubblicato migliaia di libri dal 1922 e attore coinvolto per aver registrato alcuni lavori presso il Copyright Office degli Stati Uniti e, basandosi sulla definizione di Libri da lui capita, aver pubblicato altri in almeno uno dei *chosen countries*.) e Dr. Lynley Hood (nota autrice neozelandese che, in base a come ha capito la definizione, è autrice di almeno un Libro).

⁸⁴ Börsenverein des Deutschen Buchhandels.

⁸⁵ Schweizer Buchhändler – und Verleger –Verband SBVV.

⁸⁶ Hauptverband des Österreichischen Buchhandels.

⁸⁷ Associazione Italiana Editori.

⁸⁸ New Zealand Society of Authors (PEN NZ Inc.).

⁸⁹ Nella §1.19 dell'ASA è specificato che l'accordo riguarda solo i libri che: “(a) had been published or distributed to the public or made available for public access as a set of written or printed sheets of paper bound together in hard copy form under the authorization of the work’s U.S. copyright owner, (b) was subject to a Copyright Interest, and (c) (1) if a “United States work,” as defined in 17 U.S.C. § 101, was registered with the U.S. Copyright Office; and (2) if not a United States work either (x) was registered with the U.S. Copyright Office, or (y) had a place of publication in Canada, the United Kingdom or Australia, as evidenced by information printed in or on a hard copy of the work [...]”.

Dato che i tre requisiti sopra riportati sono separati dalla parola *and*, perché un lavoro possa essere qualificato come libro, non è sufficiente che sia pubblicato in un chosen country ma deve anche essere distribuito o reso disponibile sotto l'autorità di un “US Copyright Owner” e soggetto ad un “Copyright Interest”. Il problema sollevato dai critici è che “US Copyright Owner” e “Copyright Interest” non sono meglio caratterizzati.

⁹⁰ Nel recente caso *Wright, Miller & Kane*, Fed. Practice and Proc. §1760 a p. 140 (2009) si legge: “una categoria deve essere ben definita così che sia possibile per la Corte determinare, da un punto di vista amministrativo, chi vi appartiene”. In *In Re Monumental Life Ins. Co.*, 365 F.3d 408, 413-14 (5th Cir. 2004) una

imporre, in violazione della Convenzione di Berna e degli accordi TRIPs, vincoli irragionevoli ai titolari di diritti stranieri residenti al di fuori dei *chosen countries*. Dalla definizione di libri presente nell'accordo si evince che, perché un lavoro possa essere qualificato come libro, non è sufficiente che sia pubblicato in un *chosen country* ma deve anche essere distribuito o reso disponibile sotto l'autorità di un "US Copyright Owner" e soggetto ad un "Copyright Interest". Oltre al fatto che i concetti di "possessore di copyright" e "interesse in copyright" non sono meglio caratterizzati, la critica sottolinea come il requisito che un lavoro debba essere pubblicato sotto l'autorità di un detentore di diritti statunitense rende la categoria indefinita con riferimento alla Regola 23 dal momento che non esiste un modo amministrativamente fattibile per determinare quali delle milioni di opere in questione sono state pubblicate in un modo autorizzato. Una carenza definitoria è stata riscontrata anche con riferimento al "luogo di pubblicazione" con la conseguente vaghezza su quali atti di "pubblicazione" di un'opera in uno dei *chosen country* sono sufficienti per rendere quel paese un "luogo di pubblicazione" secondo l'ASA.⁹¹ Anche se nell'accordo è stabilito che *"the place of publication standard is to be evidenced by information printed in or on a hard copy of the work [...] and the relevant information printed in or on a hard copy of the work may include, for example, a statement that the book was 'Published in Canada or the UK or Australia,' or the location or address of the publisher in one of those three countries"*,⁹² per i critici ciò non è sufficientemente in quanto non viene specificato, al di là degli esempi presentati, cosa deve essere contenuto nelle informazioni stampate per incontrare lo standard. Tutto ciò obbligherebbe gli appartenenti alla categoria e la corte ad effettuare proprie congetture su quali altre *"printed information"* possono essere sufficienti e questo contribuirebbe a rendere la definizione di categoria indefinita e non gestibile amministrativamente.

precisa definizione di categoria è considerata necessaria "per identificare in modo appropriato i soggetti intitolati a fare affidamento, i soggetti vincolati dal giudizio, i soggetti intitolati alla registrazione".

⁹¹ Il problema presentato nelle obiezioni è che da un lato, la parola pubblicazione, ha varie definizioni ugualmente accettate tra cui "rendere generalmente conosciuto", "porre davanti ad un pubblico", "produrre per la pubblicazione" o "avere un proprio lavoro accettato per essere pubblicato", dall'altro è vero che nel Copyright Act c'è una definizione ben più delimitata: "publication is the distribution of copies or phonorecords of a work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending" and includes "the offering to distribute copies or phonorecords to a group of persons for purposes of further distribution, public performance, or public display." 17 U.S.C. §101- ma l'accordo non fa in alcun modo riferimento ad essa. L'ASA viene, quindi, criticato per non dare risposta ai seguenti interrogativi: "E' sufficiente stampare il libro in un *chosen country* per renderlo 'luogo di pubblicazione'? Oppure il libro deve essere effettivamente venduto o reso disponibile al pubblico nei modi specificati dal Copyright Act? E se l'avente diritto rende semplicemente il proprio lavoro generalmente conosciuto o lo pone davanti al pubblico in altri modi meno formali?"

⁹² ASA §1.19.

La violazione del Trattato di Berna e degli accordi TRIPs viene spiegata in vari passaggi. Prima di tutto l'ASA richiede ai detentori di diritti stranieri -almeno a quelli al di fuori dei *chosen countries*- di intraprendere, in un periodo di tempo troppo breve,⁹³ un'analisi libro per libro per determinare se e quanti dei loro lavori sono stati registrati negli Stati Uniti o hanno un "luogo di pubblicazione" in uno dei *chosen countries*. Con riferimento ai requisiti per la registrazione, nell'industria del libro è pratica comune fra gli autori ed editori trasferire e ritrasferire i diritti per la pubblicazione -e l'accordo si propone di governare libri a partire dal 1922-, ciò implica che gli attuali detentori di diritti su libri governati dall'ASA non sono necessariamente i titolari originari e, quindi, potrebbero non avere a disposizione le informazioni sulla registrazione necessarie per poter capire se sono membri della categoria creata e gestita nell'ASA. Infatti, non solo numerosi eventi storici potrebbero aver causato falle nelle registrazioni -alcuni detentori di diritti europei, per esempio, non hanno una documentazione adeguata che attesti la loro registrazione prima del 1945, date le devastazioni causate dalla Seconda Guerra Mondiale-, ma, inoltre, molti detentori di diritti stranieri non sono stati incentivati a conservare nel tempo tali prove di registrazione e questo perché per varie decadi la registrazione è stata priva di valore -per esempio, gli stranieri che hanno registrato lavori non statunitensi prima del 1964 ma non hanno rinnovato queste registrazioni, perderebbero i propri lavori in quanto essi diverrebbero di pubblico dominio-. Google, tuttavia, ha riconosciuto tale problema, e il 13 Gennaio 2010 ha reso disponibili online copie scansate del "*Catalog of Copyright Entries*" del Copyright Office nel quale sono elencate le registrazioni da prima del 1978. Tuttavia questo sforzo è stato criticato perché fatto in ritardo -solo due settimane prima della data ultima, 28 gennaio, per effettuare l'*opt-out* o obiettare all'ASA- e perché di scarso significato dal momento che Google non ha reso disponibili tali registrazioni sul sito web del *settlement*, non ha notificato agli appartenenti alla categoria l'esistenza di volumi da lui scansati, e, comunque, può risultare difficile usare e cercare nelle registrazioni. Anche in questo contesto di diritti d'autore il problema relativo al luogo di pubblicazione si ripropone: il *settlement* viene accusato di porre vincoli irragionevoli ai titolari di diritti al di fuori dei *chosen countries*, e quindi di violare Berna e i TRIPs,⁹⁴ perché è loro richiesto di controllare tutte le proprie registrazioni dal 1922 in poi

⁹³ Solo "*six weeks over the Christmas and New Year's holidays*".

⁹⁴ Berne art.5(1), TRIPs art. 41(2). "Le procedure relative all'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale devono essere giuste ed eque. Esse non devono essere, se non è necessario, complicate o costose o implicare irragionevoli limiti temporali [...]".

per determinare se i propri lavori contengono “*printed information*” indicanti un luogo di pubblicazione in Canada, Australia o Regno Unito. Infine, essendo gli appartenenti ai *chosen countries* meno soggetti alla vincolante ed ingombrante ricerca sulla registrazione e agli ambigui requisiti relativi alla pubblicazione, l’ASA contravviene alle disposizioni di non discriminazione contenute nell’Articolo 4 degli accordi TRIPs.⁹⁵ E’ altamente probabile, infatti, che i residenti nei paesi scelti, oltre ad aver pubblicato i propri lavori in qualunque parte del mondo, lo abbiano fatto anche nel loro paese d’origine, di conseguenza è per loro relativamente semplice determinare se e in quale misura rientrano nella *settlement class* senza dover controllare se i propri lavori sono stati registrati presso il Copyright Office negli Stati Uniti. Per gli altri detentori dei diritti, al contrario, è più difficile accertare il proprio status di categoria; e ciò è discriminatorio alla luce dei TRIPs. I paesi scelti sono, inoltre, favoriti perché solo ad essi è garantita una rappresentanza nel Consiglio di Amministrazione del Registro e perché la definizione di libri commercialmente disponibili è stata estesa in modo da includere canali commerciali collegati esclusivamente agli Stati Uniti e a quei paesi.⁹⁶ Un altro aspetto toccato nelle obiezioni è che le preoccupazioni espresse nella Dichiarazione d’Interesse degli Stati Uniti relativa alla prima versione dell’accordo in termini di una non adeguata rappresentatività dei titolari di diritti stranieri restano valide con riferimento alla versione modificata.⁹⁷ Inoltre, come già aveva fatto il DoJ, viene criticato il fatto che i titolari stranieri non hanno ricevuto un’adeguata notifica del *settlement* originale. Le obiezioni si concludono dichiarando l’ASA non “giusta, ragionevole o adeguata”, come richiesto dalla Regola federale 23(e)(2) di Procedura Civile.

III. IL PROBLEMA DEI NON-DISPLAY USES

Sin dall’inizio dottrina e giurisprudenza si sono focalizzate esclusivamente sulla permissibilità o meno delle attività di scannerizzazione (*scanning*) per fini di indicizzazione e ricerca ed elaborazione (*OCRing*), sul fatto di poterle considerare o meno come *fair use* ed è

⁹⁵ “Any advantage, favour, privilege or immunity granted by a Member to the nationals of any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the nationals of all other Members.”

⁹⁶ ASA §§ 6.2(b) e 3.2(d)(i).

⁹⁷ “The Settlement raises concerns about the adequacy of representation with respect to foreign rightsholders” perchè, fra le altre cose, “foreigners are not required to register in the same manner as U.S. rightsholders;” “many of them have never published works in the United States and are not members of the Authors Guild or the AAP, which exclude many foreign copyright holders from membership;” e i loro interessi “likely differ from those of the class representatives.” Statement of Interest of the United States of America Regarding Proposed Class Settlement (U.S. Stmt.) p.11.

proprio su tale interrogativo che si aspetta la decisione della corte distrettuale di New York. Il problema è, tuttavia, più vasto: anche tutte le possibili attività seguenti allo *scanning* ed allo *OCRing* vanno analizzate in termini di *fair use*. Infatti, alla creazione di copie digitali dei libri segue l'elaborazione automatizzata di tali copie per fini di analisi computazionale o di estrazione di dati. Fanno parte dell'elaborazione automatizzata l'estrazione di informazioni testuali o strutturali da immagini,⁹⁸ l'analisi dei testi e l'estrazione di informazioni,⁹⁹ l'analisi linguistica,¹⁰⁰ la traduzione automatizzata,¹⁰¹ la ricerca di tecniche per indicizzare e ricercare contenuti testuali.¹⁰² L'analisi computazionale permette di effettuare analisi interlinguistiche; quantificare scambi culturali, influenze e l'assorbimento di valori culturali da diverse aree del mondo; confrontare visioni diverse su determinati eventi e filosofie da diversi contesti nazionali e linguistici.¹⁰³ L'elaborazione automatizzata fa parte dei c.d. usi di non visualizzazione definiti nell'Accordo come usi che “*do not display expression from digital copies of books or inserts to the public*”.¹⁰⁴ Tale definizione è ampia e vaga, la maggior parte di questi possibili usi attualmente contemplati ricade sotto la voce “*Google’s internal research and development using digital copies*”. Tra questi, per esempio, l'analisi dei dati per migliorare gli algoritmi di ricerca¹⁰⁵ e l'analisi dei dati per creare database con i profili degli utenti -contenenti informazioni su cosa viene cercato, da chi viene effettuata la ricerca, sulla durata della ricerca stessa-. Chiarito ciò, la domanda che si pone è sul perché riservare attenzione a questi usi di non visualizzazione. Per capirlo occorre riprendere l'Agreement suddividendolo in fasi sequenziali: 1) l'Agreement dà a Google il potere di effettuare *display uses* di tutti i libri contenuti nel corpus da lui creato; 2) i possessori di diritti possono richiedere la rimozione dei propri libri dal corpus; 3) superata una determinata scadenza il diritto di “rimozione” si restringe ad un diritto di “esclusione”: i possessori di diritti possono escludere i propri libri da tutti o alcuni *display uses*¹⁰⁶ -renderli inaccessibili

⁹⁸ § 1.93(a).

⁹⁹ § 1.93(b).

¹⁰⁰ § 1.93(c).

¹⁰¹ § 1.93(d).

¹⁰² § 1.93(e).

¹⁰³ The Stanford University Libraries Amicus letter in Support of the Settlement Agreement.

¹⁰⁴ ASA §1.94. Tra questi *non-display uses* vanno citati “display of bibliographic information, full-text indexing without display of Expression (such as listing the number or location of search matches), geographic indexing of books, algorithmic listing of key terms for chapters of Books, internal research and development using digital copies”.

¹⁰⁵ Uno degli ingegneri di Google ha sottolineato come “the very worst search algorithm at 10 million words is better than the very best algorithm at 1 million words”.

¹⁰⁶ ASA § 3.5(b)(i).

agli utenti- ma non possono eliminarli dal corpus;¹⁰⁷ 4) tenendo conto del fatto che l'Agreement permette agli autori di accordarsi con Google solo in relazione ai *display uses* dei propri lavori, il venir meno della possibilità di rimozione dal corpus comporta che gli autori perdono il controllo sui *non-display uses*.

Effettuare copie per fini di sfruttamento commerciale come distribuirle su larga scala -c.d. diffusione- è un'attività protetta da copyright, mentre effettuare copie per fini di mero utilizzo è in genere esente da violazione. Infatti, l'uso serve per accrescere e valorizzare la comprensione del *contenuto* dei lavori mentre la diffusione al pubblico è associata allo sfruttamento dell'*espressione* contenuta negli stessi. Ciò che conta, quindi, in termini di legittimità, è capire come caratterizzare i *non display uses*. L'analisi computazionale e l'estrazione di dati, piuttosto che ricadere nella categoria di diffusione o in quella di uso, sembrano essere un nuovo modo di gestione delle copie. Prima di tutto, nel caso delle attività legate all'elaborazione automatizzata manca il concetto di pubblico mentre la diffusione è inestricabilmente legata alla presenza di un pubblico -la realtà è che c'è sì diffusione, ma dei dati alle macchine, i dati possono essere aggregati con altri dati e processati da diversi soggetti per diversi fini-.

Inoltre, la disciplina del copyright prevede che una volta che i lavori vengono pubblicati, ognuno può usarli liberamente e gli autori non hanno diritto di avere controllo sugli usi che vengono fatti: tramite la pubblicazione l'autore garantisce *ex ante* una licenza implicita al pubblico per effettuare una certa varietà di usi. La portata della licenza può variare a seconda della tecnologia usata per pubblicare. L'uso può essere meramente consuntivo (appropriazione del contenuto) ma anche riguardare lo studio e la ricerca in relazione a vari aspetti dei lavori (linguaggio, stile, struttura). Quindi l'uso può far associare un lavoro ad altri lavori. Nel *copyright system* europeo le attività esenti da violazione sono listate in un sistema chiuso di eccezioni, quindi il concetto di uso è più esplicito. Si possono elencare quattro tipi di uso. Consuntivo, educativo, informativo e creativo. Queste stesse categorie sono esenti da violazione nei regimi di copyright di *common law* anche se non esplicitamente approvate da statuti. Ciò che le accomuna è che si parla sempre di usi fatti per appropriarsi o permettere l'appropriazione del contenuto dei lavori da parte di esseri umani. L'elaborazione

¹⁰⁷ Come spiegato da Pamela Samuelson nella lettera scritta al giudice Chin, in opposizione all' Amended Settlement Agreement, a nome degli autori accademici "[...] even if the author asks for her book to be removed from [Google Books], this does not mean that Google will actually purge them from its servers; these books will just be less accessible than if the author hadn't asked for them to be removed".

automatizzata non ricade nei tradizionali *copyright uses* in quanto solo umani possono appropriarsi del contenuto di un lavoro. In essenza sono usi sui lavori *-on the works-*. Ci sono due tipi di usi sui lavori. Usi per facilitare la comprensione dei contenuti -analisi automatizzata del testo, traduzione automatizzata o estrazione automatizzata di associazioni e idee chiave- e usi per lo sfruttamento dei contenuti -ad esempio l'analisi degli utenti e la creazione di profili per fini pubblicitari-.¹⁰⁸ In termini di copyright la legittimità di questi due tipi di usi sui lavori non è chiara.

IV. EFFETTI PROCOMPETITIVI

Se da molte parti, come detto finora, si sono levate critiche al *settlement*, è comunque vero che c'è chi ha visto nell'accordo una messe di effetti pro-competitivi: incremento dell'output grazie non solo ad una maggiore competizione nelle licenze sui libri, ma anche ad una riduzione delle barriere legali, logistiche, geografiche e socio-economiche in relazione alla distribuzione dei libri, sia con riferimento a Google che ai suoi rivali.¹⁰⁹ In più, con questo accordo si porta alla luce una ricca parte di patrimonio intellettuale che, altrimenti, sarebbe persa e si rendono più libri più facilmente accessibili a più persone.¹¹⁰ Come verrà spiegato a

¹⁰⁸ Combinando informazioni sul contenuto dei libri con altre informazioni raccolte dagli usi aggregati delle copie digitali, gli algoritmi possono generare imprevedibili associazioni tra libri o tra libri e prodotti. (Memorandum of Amicus Curiae The Internet Archive against the Amended Settlement Agreement). Questo permetterebbe a Google di creare pubblicità personalizzate -un lettore potrebbe vedere insieme alla copia digitale di un libro alcuni link tramite cui raggiungere correlate citazioni presenti in altri libri o idee simili ma espresse in modo diverso. Questa tecnica di "key ideas" è descritta da B. N. SCHILIT & O. KOLAK nel loro *Exploiting a Digital library through Key Ideas*, disponibile su <http://sites.google.com/site/schilit2/fp035-schilit.pdf>.

¹⁰⁹ Nella loro *Letter of United States Student Association in Support of Settlement*, le più grandi organizzazioni rappresentanti i college americani e gli studenti universitari sottolineano come "poor and working-class students are hit hard by out-of-control textbook prices, which average about \$1,100 per student" e che "the settlement may demolish many geographic and socio-economic barriers to accessing books and anthologies formerly available only to the privileged few."

¹¹⁰ Mass digitization projects have been hailed by participants and observers expressing hope that they will expand access to obscure books and articles. "Authors and publishers should follow Google's initiative to make every book ever printed in whatever language will be available to everyone on earth with access to the Internet." J. EPSTEIN, *Books@Google*, The New York Review of Books, Oct. 19, 2006; "More students in small towns around America are going to have a lot more stuff at their fingertips [...] That is really important." M. KELLER (the university librarian at Stanford); "There is fantastic information in books. Often when I do a search, what is in a book is miles ahead of what I find on a Web site." S. BRIN; "Making these out-of-print books searchable on Google vastly increases the ability of potential readers to identify and locate the books they want, dramatically increasing the output of these books"; "the legal settlement will allow Google to provide a vast increase in the availability of human knowledge that is desirable for its own sake and promises to improve research to further advance knowledge"; "in addition to selling institutional subscriptions -to all out-of-print books and select in-print books whose rightsholders do not opt out-, Google must provide free access to them at one terminal per public library, as well as at one terminal per 4,000 students at two-year colleges, and one terminal per 10,000 students at four-year colleges." E. ELHAUGE, *Why the Google Books Settlement is*

breve, la società di Mountain View offre, infatti, una bussola che permette di districarsi nel complicato scenario di opere in pubblico dominio, opere protette e opere orfane.

Statements of support sono stati presentati da numerosi attori tra cui l'Università del Michigan e quella di Stanford, l'Institute for Intellectual Property & Social Justice, 32 professori di Antitrust Law and Economics -collettivamente chiamati "*Amici*"-.¹¹¹

IV.A. LIBRI DI PUBBLICO DOMINIO

Prima di tutto l'accordo fornisce strumenti per chiarire quali libri sono di pubblico dominio e quali, invece, ancora sotto tutela di copyright. I libri pubblicati tra il 1923 ed il 1963 sono tutelati da copyright solo se il copyright è stato notificato nella pubblicazione e propriamente rinnovato. Accertare l'esistenza di questi requisiti è costoso specialmente perché i *renewal records* non sono in formato digitale e perché il valore medio dei libri è basso se confrontato col rischio di decine di migliaia di dollari di danni da pagare nel caso in cui si mettano in circolazione copie di libri tutelati da copyright.¹¹²

Inoltre, molti libri di pubblico dominio, impossibili o costosi da rintracciare o possedere, vengono resi disponibili *on line* nella raccolta di Google e possono essere, quindi, trovati facilmente e scaricati gratuitamente. Per capire l'importanza del punto è utile dare una caratterizzazione più precisa: alcuni libri di pubblico dominio sono largamente disponibili, uno fra tutti la Bibbia, rintracciabile praticamente in ogni canale; molti sono ancora in stampa, i libri di Charles Dickens, per esempio, vengono ancora stampati da diversi editori; altri sono disponibili online attraverso siti come il Project Gutenberg e gli utenti possono scaricarli sui computer e altre tecnologie quali i Kindle della Amazon o gli i-Phone della Apple;¹¹³ tanti altri libri di pubblico dominio sono, tuttavia, difficilmente rintracciabili. Va aggiunto che, plausibilmente, l'espansione del set di libri di pubblico dominio a disposizione

Procompetitive, Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series, Paper 629, at 32 (2009), http://lsr.nellco.org/harvard_olin/629.

¹¹¹ Fra i numerosi commenti e proposte presentate dagli *amici curiae* e altri, in particolare va menzionato quello del Professor Elhauge *Why the Google Books Settlement is Pro Competitive*, *op. cit.* Elhauge applicando la teoria di prezzi neoclassica conclude che l'accordo è indubbiamente procompetitivo perché aumenta il benessere dei consumatori, rispetto alla situazione senza accordo, tramite un abbassamento dei prezzi ed un incremento dell'output. Va inoltre ricordato che la possibilità di effetti procompetitivi è stata anche riconosciuta dagli Stati Uniti e dal DoJ nei loro *statements of interest*.

¹¹² Secondo il Copyright Act, i detentori di diritti possono scegliere fra (1) danni reali aumentati dei profitti del trasgressore o (2) *statutory damages* per ogni libro fino a \$150,000 se la violazione è stata premeditata oppure \$30,000 se non lo è stata. 17 U.S.C. §504(c)(1).

¹¹³ www.gutenberg.org.

gratuita degli utenti porti ad un ribasso dei prezzi degli stessi libri venduti sul mercato dell'usato. Ciò beneficerebbe anche i consumatori che non sono interessati ai libri digitali ma che, al contrario, preferiscono leggere i libri stampati. La libera disponibilità dei libri di pubblico dominio potrebbe anche comportare una riduzione nei prezzi e nel costo delle licenze dei libri tutelati da copyright -a parità di genere e argomenti trattati, narrativa per esempio, un lettore potrebbe preferire libri di pubblico dominio, disponibili gratuitamente, a libri ancora sotto tutela di copyright-.

Rispetto ai rivali di Google che desiderano distribuire tali libri il *settlement* non innalza barriere; anzi, le abbassa data la possibilità di *free riding* sui costi già sostenuti da Google in merito alla digitalizzazione e caratterizzazione dei libri come libri di pubblico dominio.

IV.B. LIBRI IN COMMERCIO

Il *settlement* contiene un meccanismo¹¹⁴ da seguire per prendere decisioni di fronte all'incertezza riguardo a chi detiene i diritti su libri in commercio;¹¹⁵ in tal modo si facilita il processo di cessione di licenze su tali libri e si incrementa l'output. In condizioni di incertezza né l'autore né l'editore darebbero una licenza digitale perché il rischio di dover pagare *statutory damages* sarebbe troppo alto -tenuto anche conto del fatto che ogni avente diritto sarebbe incline a reclamare tali *statutory damages* in caso di pubblicazioni effettuate senza il suo consenso-. Inoltre, i potenziali compratori, dopo aver ricercato su Google i libri in commercio, vengono indirizzati verso i soggetti che li vendono e, in questo modo possono localizzare più facilmente i libri che desiderano comprare. Infine, i titolari di diritti hanno la possibilità che Google renda i loro libri disponibili per essere visualizzati e venduti al prezzo da loro preferito.

Con riferimento alla concorrenza, non solo il *settlement* non innalza barriere alla distribuzione digitale dei libri in quanto i rivali di Google possono distribuire gli stessi libri se i titolari lo vogliono e al prezzo che questi desiderano, ma, in più, a promozione della possibilità di competere, i rivali ricevono informazioni sulla quantità di domanda esistente in relazione al formato digitale di ciascun libro.

¹¹⁴ ASA appendice A, articoli V-VI.

¹¹⁵ Spesso non è chiaro chi sia il soggetto a detenere i diritti digitali perché il linguaggio contrattuale di frequente non prevede la possibilità di digitalizzazione. Nel caso *Random House v. Rosetta Books, LLC*, 150 F. Supp. 2d 613 (S.D.N.Y. 2001), *aff'd per curiam*, 283 F.3d 490 (2d Cir. 2002) si evidenzia che il linguaggio contrattuale che dà il diritto di stampare un libro non dà il diritto di farne una copia digitale.

In relazione al rischio che si crei una collusione orizzontale restrittiva della concorrenza va detto che l'unica cosa che il *settlement* si limita a prevedere che Google faccia a ciascun titolare dei diritti un'offerta non esclusiva per la visualizzazione e vendita dei propri libri ad un determinato prezzo con una divisione dei proventi del 63-37%. Ogni interessato decide individualmente se: 1) accettare l'offerta ed essere, al tempo stesso, libero di vendere a qualsiasi altro prezzo o percentuale attraverso un rivale di Google; 2) respingere l'offerta e vendere attraverso un rivale di Google a qualsiasi prezzo o percentuale egli desideri; 3) accettare l'offerta unicamente rispetto alla vendita del suo libro per poi fissare unilateralmente il prezzo di rivendita da lui voluto; 4) respingere l'offerta nella parte relativa alla suddivisione dei proventi e cercare di giungere ad un accordo con Google per l'utilizzo di una diversa ripartizione; 5) accettare l'offerta limitatamente alla visualizzazione, e, quindi, non alla vendita, del proprio libro; 6) accettare l'offerta limitatamente all'acquisto da parte dei consumatori e non attraverso sottoscrizioni istituzionali o vice versa.

L'offerta di Google non crea un cartello tra quanti l'accettano, ma, piuttosto, una serie di accordi verticali tra ogni detentore dei diritti e Google, non diversamente da quanto avviene per produttori che utilizzino uno stesso distributore per commercializzare i propri prodotti.

IV.C. LIBRI FUORI COMMERCIO

L'accordo porta ad una espansione nelle vendite dei libri fuori commercio ma ancora tutelati da copyright. Con il *settlement*, infatti, viene incrementato l'output poichè tali libri diventano, per default, disponibili per essere visualizzati ed acquistati su Google; al contrario, senza l'accordo la disponibilità è limitata a coloro che possono comprarli nel mercato dei libri usati o ottenerli in prestito da una determinata biblioteca, con la conseguenza che l'output è spesso pari a zero. Il *settlement* permette anche di chiarire chi, se gli autori o gli editori, detiene i diritti sui libri fuori commercio ancora tutelati da copyright grazie all'attività del Registro incaricato di cercare i titolari e dare loro incentivi finanziari per venire allo scoperto e registrarsi.¹¹⁶ Aumentando il numero di libri rispetto ai quali si sa chi detiene i diritti, aumenta la competizione in termini di licenze, come pure l'output. Inoltre, questo meccanismo riduce i costi legati al rischio di vendere libri non reclamati senza avere una licenza. Il fatto che i detentori di diritti non si facciano avanti nonostante la presenza di incentivi monetari indica una loro mancanza di conoscenza, capacità o interesse

¹¹⁶ ASA § 6.1 (c).

nel rivendicare i propri diritti; ciò implica minori rischi di vedersi citati nel caso in cui le opere vengano messe a disposizione senza il possesso di alcuna licenza.

Guardando questa situazione dalla prospettiva dei rivali, i costi di ricerca sostenuti da Google nel tentativo di identificare i titolari dei diritti non devono essere, al contrario, sostenuti dai rivali dal momento che il *settlement* stabilisce che il Registro deve rendere pubblicamente disponibile un database nel quale siano identificati tutti i titolari registrati. La presenza del database riduce, inoltre, i costi in cui i rivali dovrebbero incorrere per ottenere licenze in quanto rende loro possibile fare un'offerta di massa direttamente ai detentori di diritti registrati.

La competizione tra i libri reclamati non viene ostacolata perché ogni avente diritto può stabilire un suo prezzo per la vendita tramite Google e rimane libero di vendere i suoi libri attraverso un qualsiasi rivale di Google. Ciò risulta chiaro se spiegato in termini di markup distributivi. Precisamente, se un rivale di Google imponesse un markup distributivo inferiore a quello usato da Google o fosse, in un qualsiasi altro modo, un distributore più efficiente, in questo caso sia il Registro che i singoli titolari di diritti avrebbero incentivi a dare una licenza a questo competitor.¹¹⁷ Il Registro, quindi, potrebbe scegliere di chiedere ad ogni soggetto registrato di autorizzarlo a dare una licenza ad un determinato rivale, ogni soggetto registrato potrebbe ritenere vantaggioso dare tale autorizzazione, il Registro potrebbe dare ad ogni rivale di Google in licenza, in aggregato, tutti i libri per cui ha ricevuto l'autorizzazione.

Nel caso in cui i titolari di diritti sono sconosciuti o scelgono di non imporre un proprio prezzo, Google è obbligato dal *settlement* a fissare un prezzo utilizzando un algoritmo che simuli il prezzo esistente sul mercato. Google è incentivato a seguire l'algoritmo e mantenere, quindi, i prezzi bassi in quanto ciò incrementa il suo traffico web e le entrate derivanti dalla pubblicità -attività che fornisce il 97% dei suoi proventi-. In ogni caso la fissazione di prezzi sopra competitivi sarebbe un incentivo per i detentori di diritti sconosciuti ad identificarsi. D'altro canto, in mancanza del *settlement* i libri non reclamati, per definizione, non possono essere dati in licenza e ciò rende il loro prezzo infinito. L'effetto è, quindi, quello di una riduzione dei prezzi e di un'espansione dell'output; inoltre,

¹¹⁷ Nel caso *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877, 896 (2007) si legge: “in generale i produttori e consumatori hanno interessi convergenti con riferimento ai margini di profitto dei distributori. La differenza tra il prezzo che un produttore impone ai distributori e il prezzo che i distributori impongono ai consumatori è parte dei costi di distribuzione del produttore, costi che, come ogni altro costo, il produttore ha interesse a minimizzare”.

la riduzione del numero dei libri non reclamati, porta ad una riduzione del numero di libri aventi, di fatto, un prezzo pari a infinito.

L'offerta di libri fuori commercio è ostacolata dai costi di digitalizzazione, di transazione legati all'individuazione dei titolari e alle successive negoziazioni, e dai costi relativi al rischio caratterizzante situazioni in cui i diritti sono poco chiari o sconosciuti. Tuttavia, il *settlement*, aiutando Google a superare tali barriere non le innalza ai suoi rivali ma, effettivamente le abbassa. I competitor possono, infatti, *free ride* sugli sforzi di digitalizzazione di Google:¹¹⁸ i costi transattivi si riducono in quanto aumenta il numero dei titolari conosciuti e si chiarifica il valore commerciale dei loro libri; diminuisce il rischio legato alla distribuzione senza licenza di libri non reclamati in quanto si evidenzia che i detentori di diritti non hanno interesse o capacità di reclamare i propri diritti; viene mostrato come lo strumento della *class action* possa essere utilizzato dai rivali per ottenere gli stessi diritti per *default* -per esempio anche mediante l'utilizzo di un secondo Registro-.

Riguardo al rischio, da più parti paventato,¹¹⁹ che Google abbia una licenza esclusiva ed un monopolio di fatto nell'offrire libri non reclamati e un'ampia gamma di libri fuori commercio, la replica è pronta. In relazione al primo punto, ammettendo che le barriere all'entrata siano insuperabili senza il ricorso ad un'azione di categoria, s'impongono due considerazioni. C'è da chiedersi, innanzi tutto, perché i rivali non potrebbero intraprendere anche loro un processo di *class action*. Traiettorie troppo costose e rischiose? Tuttavia se Google fosse l'unico soggetto ad avere la volontà o capacità di andare incontro a tali costi e rischi, ciò non significherebbe che è il *settlement* a conferirgli una licenza esclusiva di fatto; piuttosto, l'esclusività di fatto sarebbe data dalla riluttanza dei rivali a superare le barriere che l'accordo in realtà, non crea. Ancora nello stato del mondo senza il *settlement* non ci sarebbe alcun soggetto a rendere disponibili libri non reclamati o un determinato set di libri fuori commercio; si ha, quindi, un effetto pro competitivo in quanto vengono resi disponibili libri che altrimenti non lo sarebbero. Uno stato del mondo con un solo competitor è comunque meglio di uno stato del mondo senza alcun competitor dal momento che le opzioni

¹¹⁸ Il *free riding* è un comportamento "opportunistico" -che prende il nome dai soggetti che sale sull'autobus senza comprare il biglietto-, possibile quando l'individuo sia solo uno fra i tanti che possono beneficiare di beni pubblici. Il *free riding* è possibile per la caratteristica dei beni pubblici di essere non escludibili, ovvero per il fatto che per godere di questi non è necessario pagare un prezzo.

¹¹⁹ E. M. FRASER, *op. cit.*; R. PICKER, *op. cit.*; P. SAMUELSON, *The Dead Souls of the Google Book Search Settlement*, *op. cit.*; J. GIBSON, *Google's New Monopoly*, in «The Washington Post», A21, Nov. 3, 2008; J. GRIMMELMANN, *How to fix the Google Book Search Settlement*, *op. cit.*; R. DARNTON, *Google & the Future of Books*, *op. cit.*

di mercato sono incrementate da zero a una- e, quindi, il consumer welfare è maggiore. Il fatto che la prima impresa a superare le barriere all'entrata offra il prodotto in modo tale da avere profitti monopolistici è una giusta ricompensa per gli investimenti effettuati, per i costi sostenuti nel superare le barriere ed offrire il prodotto desiderato.¹²⁰ In generale, investire per essere il primo a superare le barriere è pro competitivo, non anti competitivo, se non vengono artificialmente innalzate barriere per i rivali. Vista da un'altra prospettiva, è discutibile preoccuparsi della perdita netta accusata in un mercato che senza BBS e il *settlement* non sarebbero mai esistiti.

Se, al contrario, i critici sbagliano nelle loro premesse e altri rivali possono superare le barriere -magari perché l'accordo le riduce-, allora il *settlement* è ancor più pro-competitivo dal momento che crea un mercato concorrenziale nella distribuzione digitale di un set di libri che altrimenti non sarebbe offerto. In relazione al secondo punto, viene data al Registro la possibilità di dare licenze ai rivali di Google per la distribuzione dei libri, con l'unico vincolo, non discriminatorio, che per dieci anni una sostanziale porzione di libri non reclamati non può essere data in licenza ad un tasso inferiore a quello di Google. Questo vincolo, tuttavia, non ostacola il Registro nell'agire nel senso della minimizzazione del markup distributivo: infatti, può dare licenze ai rivali che manifestano la volontà di tagliare il *markup* applicato da Google facendo loro pagare le stesse *fees* pagate da Google. Tuttavia, anche se ci fossero delle restrizioni sarebbero giustificate per tutelare Google, che ha effettuato elevati investimenti per rendere distribuibili i libri non reclamati, dal subire un permanente svantaggio di costo nella distribuzione di tali libri -dal momento che Google non può rinegoziare con detentori di diritti sconosciuti-.

I libri fuori commercio, per i quali i titolari sono sconosciuti e restano sconosciuti anche in presenza del *settlement*, non vanno definiti "non reclamati" ma, piuttosto, "non reclamabili" (posto che, se i titolari non vengono identificati per effetto del *settlement* in questione, è plausibile che non possano essere identificati in alcun altro modo). Senza l'accordo tali libri sarebbero non disponibili sul mercato e non potrebbero essere dati in licenza: l'output sarebbe zero e il loro effettivo *royalty rate* sarebbe infinito. Il *settlement*, di conseguenza, aumenta l'output di tali libri non reclamabili da zero e riduce il loro prezzo effettivo da

¹²⁰ Nel caso *Verizon Communications v. Law offices of Curtis v. Trinko*, 540 U.S. 398, 407 (2004) si legge: "il mero possesso di un potere monopolistico, e la concomitante imposizione di prezzi monopolistici, oltre a non essere non illegale è un importante elemento del sistema di libero mercato. L'opportunità di imporre prezzi monopolistici -almeno per un breve periodo- è ciò che attrae in un primo momento il *business acumen*; è ciò che induce ad affrontare rischi e, quindi, è ciò sostiene l'innovazione e la crescita economica.

infinito. E' vero che titolari sconosciuti non possono stabilire prezzi o decidere di dare libri in licenza ai rivali di Google; tuttavia, quest'ultimo deve comunque seguire lo stesso algoritmo usato per i libri reclamati.¹²¹ C'è spazio per ulteriori considerazioni. Primo, i libri non reclamati competono con quelli reclamati. Se i libri reclamati, che costituiscono più del 99% del mercato, sono prezzati in modo competitivo, è poco probabile che prezzi sopra competitivi possano essere applicati ai libri non reclamati specialmente perché uno dei motivi maggiori per cui questi ultimi restano non reclamati è l'esistenza di una scarsa domanda di mercato per essi. Secondo, considerando che il 97% dei proventi di Google vengono dalla pubblicità, prezzi sopra competitivi su libri non reclamati ridurrebbero il traffico sul suo sito e, di conseguenza, Google perderebbe più entrate pubblicitarie di quelle che otterrebbe dalle vendite. Terzo, prezzi sopra competitivi sarebbero un incentivo per i detentori dei diritti a venire allo scoperto per ottenere le loro *royalties*. In genere, i titolari non vengono identificati perché difficili da localizzare e non perché essi non sanno di avere diritti da rivendicare.¹²² Quindi, dal momento che i costi di registrazione non sono significativi, la possibilità di profitti sopra competitivi sarebbe un buon incentivo a venire allo scoperto. Ma se il 63% di tali profitti è insufficiente per i detentori di diritti, tali profitti non sono significativi, e il 37% di tali profitti non significativi è plausibile che sia insufficiente per indurre Google ad imporre prezzi troppo elevati per questi libri non reclamati. Google, infatti, metterebbe a i suoi profitti pubblicitari. Quarto, se prezzi sopra competitivi non inducono i titolari ad identificarsi, potrebbero indurre alcuni rivali a offrire i libri senza licenza. Il fatto che i detentori di diritti scelgono di non registrarsi anche in presenza di profitti sopra competitivi suggerisce che la probabilità che agiscano contro la violazione dei propri diritti non è significativa. I concorrenti, inoltre, potrebbero facilmente offrire i libri a prezzi, sempre elevati, ma inferiori a Google dato che essi non pagano *royalties*: i rivali potrebbero imporre il 37% del prezzo imposto da Google e guadagnare gli stessi profitti per copia venduta. Quinto, i rivali potrebbero intraprendere una *class action* come Google. I rischi a cui andrebbero incontro, sarebbero inferiori rispetto a quelli affrontati da Google non solo perché prima di Google non c'era alcun precedente per un accordo del genere ma anche perché i concorrenti potrebbero limitare la digitalizzazione ai libri non reclamati. D'altro canto,

¹²¹ ASA §4.2(b).

¹²² Il Copyright Office degli Stati Uniti nel suo *Report on Orphan Works* 22-34 (2006) considera come motivo dell'esistenza di opere orfane la difficoltà nell'identificare e localizzare i titolari, non il fatto che i detentori di diritti non sanno di avere diritti.

essendo i titolari sconosciuti, è poco probabile che ci siano attori per un'azione di categoria e che una corte conceda un risarcimento quando non può essere identificato chi riceverà i danni. Se la digitalizzazione non provocasse una seconda *class action*, i rivali avrebbero gratuitamente diritti sugli stessi libri per vendere i quali Google paga 63%. I critici argomentano che, nel caso di una seconda *class action*, gli attori non concederebbero ai rivali di Google un accordo vantaggioso come quello ottenuto da Google. Ma un'azione di categoria rivale potrebbe coinvolgere gruppi differenti e la creazione di un secondo Registro che avrebbe incentivi a dare licenze a prezzi inferiori a quelli di Google, in tal modo i rivali guadagnerebbero potere di mercato e pagherebbero di più a tale Registro. Anche nel caso in cui il Registro fosse lo stesso, esso avrebbe comunque interesse ad una riduzione rispetto ai prezzi sopra competitivi imposti da Google perché ciò minimizzerebbe il markup distributivo. Se un rivale pagasse la stessa *fee* per avere una licenza ma utilizzasse un markup distributivo inferiore a quello di Google, le vendite aumenterebbero e il Registro avrebbe da un lato, lo stesso guadagno in termini di *fees*, dall'altro, più profitti per le maggiori vendite. Sesto, anche se a seguito dell'accordo venissero imposti prezzi sopra competitivi, comunque un'opzione di mercato è sempre meglio di zero opzioni e un prezzo monopolistico è meglio in termini di welfare del consumatore rispetto all'assenza di un mercato. I critici hanno anche suggerito di separare i libri non reclamati dal resto del *settlement* ma ciò servirebbe solo a ridurre gli effetti pro competitivi senza alleviare i, presunti, effetti anti competitivi: prima di tutto gran parte del valore dell'accordo è legato all'esistenza di un comune database di ricerca per localizzare e vedere tutti questi libri; inoltre, se le licenze fossero separate, i titolari sconosciuti non avrebbero gli stessi incentivi a registrarsi per godere dei vantaggi derivanti dal diventare conosciuti e non ci sarebbe un Registro, comunemente finanziato, incaricato di trovarli. Infine, in merito alle preoccupazioni di Darnton sul fatto che si crei una situazione simile a quella caratterizzante le riviste scientifiche,¹²³ va rilevato che modello di business GBS, risulta molto diverso da quello dei periodici, sia per il prodotto e-book in sé, sia per la genesi storica dei due prodotti, assai diversa come approccio.

Qualche breve riflessione per riassumere. Senza dubbio Google gode di una posizione dominante nel mercato dei motori di ricerca e della raccolta pubblicitaria online. E non si può escludere che possa -una volta raggiunta una certa massa critica- attuare pratiche anti-competitive, o imporsi sul mercato con standard proprietari per dispositivi e-book o

¹²³ *Supra* note 65.

applicando DRM alle opere. Tuttavia l'importanza di una gestione collettiva dei diritti attuata dal BRR, secondo gli economisti Lemley e Tangri, è fondamentale, in quanto la presenza di un unico soggetto giuridico con cui trattare consente di ridurre le barriere legali e di sopportare gli alti costi legati alle transazioni individuali per l'ottenimento delle autorizzazioni, dando origine ad un mercato altrimenti non realizzabile (come del resto è stato finora).¹²⁴ Una seconda riflessione, prettamente economica, è che ogni qual volta un'impresa, c.d. *first mover*, lancia un nuovo prodotto, tale da generare un nuovo mercato, essa si trova in posizione dominante, ma grazie alla clausola di non esclusività chiunque voglia competere offrendo servizi correlati può farlo, realizzando extraprofitti entro meccanismi dinamici.¹²⁵

In ogni caso l'accordo di Google nel trasformare milioni di libri in formato digitale potrà favorire l'ingresso di altri attori nel business dei libri online, non solo nella catena della distribuzione, ma lungo tutta la filiera che assume percorsi nuovi. Sergey Brin, uno dei due fondatori di Google, afferma: "[...] se Google Books avrà successo altri seguiranno, trovandosi la strada spianata".¹²⁶

Infine, l'interfaccia GBS, potrà aiutare nella lotta ai monopoli culturali, come già fa Internet ma in modo più veloce e a volte, più autorevole. Come sottolinea in un suo recente articolo Hannibal Travis, riprendendo considerazioni espresse da vari studiosi, molti paesi soffrono per il flagello della parzialità dei contenuti dei libri di testo di storia e di scienze sociali, contenuti che giustificano crimini contro l'umanità e minimizzano le ingiustizie sofferte dalle minoranze e dalle popolazioni indigene.¹²⁷ Inoltre, in altri paesi elite corrotte diffondono

¹²⁴ M.K A. LEMLEY & R. K. TANGRI, *An Antitrust Assessment of the Google Book Search Settlement*, working paper disponibile su http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1431555.

¹²⁵ J. A. HAUSMAN & J. G. SIDAK, *Google and the Proper Antitrust Scrutiny of Orphan Books*, *Journal of Competition Law & Economics* (2009) 5(3), p. 411- 438.

¹²⁶ S. BRIN, *Lasciate che i libri vengano a me*, "Wired" [edizione italiana], 01-2010, p. 18-19.

¹²⁷ H. TRAVIS, *Estimating the Economic Impact of Mass Digitization Projects on Copyright Holders: Evidence from the Google Book Search Litigation*, 2010, disponibile su <http://ssrn.com/abstract=1634126>. Di seguito, alcuni dei numerosi esempi che potrebbero essere fatti. Gilbert Allardyce descrive le preoccupazioni espresse dall' *Universal Peace Congress* del 1889 in merito al fatto che i libri di testo esaltavano la guerra e contribuivano all'ostilità fra le persone [G. ALLARDYCE, *Toward World History: American Historians and the Coming of the World History Course*, 1 *Journal of World History* 23, 30 (1990)]. Dopo la Seconda Guerra Mondiale lo storico inglese Ernest Barker, consulente dell'Unesco, concluse che "historians too were responsible for the war and that the world now needed a united history as much as a United Nations." Bodo von Borries analizza le varie strategie utilizzate nei libri di testo tedeschi per giustificare la partecipazione del popolo Tedesco ai crimini compiuti contro gli Ebrei, gli Slavi ed altri soggetti prima e durante la Seconda Guerra Mondiale [BODO VON BORRIES, *The Third Reich in German History Textbooks since 1945*, 38 *Journal of Contemporary History* 45 (2003)]. Belinda Cooper e Taner Akcam spiegano come in Turchia i libri di testo neghino il genocidio del popolo armeno e giustifichino la pulizia etnica della popolazione greca in Anatolia

pregiudizi e false opinioni fra la popolazione soprattutto per mezzo dei media e dei giornali.¹²⁸

V. FATTORI CHE HANNO CONTRIBUITO AL GBS

Una volta analizzati i dettagli dell'accordo, le criticità più importanti e i possibili effetti pro competitivi è il momento di chiedersi quali fattori hanno supportato Google nel decidere di avviare questo suo progetto.

V.A. CARATTERISTICHE DELLA LEGGE SUL COPYRIGHT

Come suggerito da Pamela Samuelson, determinate caratteristiche della legge sul Copyright possono aver spinto Google ad intraprendere il suo progetto, e, in un secondo momento a firmare l'accordo con l'*Authors Guild*. Prima di tutto va considerata l'interpretazione data all'Undicesimo Emendamento della Costituzione¹²⁹ dalla Corte Suprema degli Stati Uniti in alcune sue decisioni. Nello specifico la Corte Suprema ha interpretato questo emendamento nel senso di conferire c.d. *sovereign immunity* da azioni legali di richiesta di danni contro

durante e dopo la Prima Guerra Mondiale [B. COOPER & T. AKCAM, *Turks, Armenians, and the "G-Word,"* 22 World Policy Journal No. 3 (2005)]. R.B. Jeans descrive come, in libri di testo piuttosto recenti i partiti di destra, in Giappone, giustificano i crimini contro l'umanità compiuti in Cina dai leader giapponesi della Seconda Guerra Mondiale [R.B. JEANS, *Victims or Victimizers? Museums, Textbooks, and the War Debate in Contemporary Japan*, 69 Journal of Military History 149, 2005]. Sean Kay spiega che "even in societies that have governments allied with the United States, such as Saudi Arabia, official schoolbooks offer a range of ideological hatred of Christians, Jews, and Muslims who do not follow Wahabi doctrine. This ... culminates in the 12th-grade text, which instructs students on religious obligations, including waging jihad against the infidel [...] Moreover, Saudi Arabia exports religious texts to Islamic schools around the world and directly runs academies in 19 international capitals" [S. KAY, *From Sputnik to Minerva: Education and American National Security*, Defense Horizons, Jan. 2009, at 4-5]. James W. Loewen descrive come i libri di testo statunitensi giustificano e minimizzano i crimini compiuti contro gli indiani d'America e gli schiavi africani [J. W. LOEWEN, *Lies My Teacher Told Me: Everything your American History Textbook Got Wrong*, New York: Simon & Schuster, 105-58, 1995]. Howard Mehlinger critica i libri di testo sovietici nel loro intento di minimizzare i crimini, torture e deportazioni incluse, commessi contro i dissidenti ucraini e sovietici [H. D. MEHLINGER, *School Textbooks: Weapons for the Cold War*, in: Ekloff B. (Ed.), *School and Society in Tsarist and Soviet Russia*, New York: Macmillan & St. Martin's Press, 1993]. Edward Marsden spiega come l' U.N. Educational, Scientific, and Cultural Organization abbia riconosciuto, nel 1950, il fatto che i libri di testo scolastici spesso insegnano stereotipi pericolosi e contribuiscono a ricreare le condizioni che portarono alle due guerre mondiali [E. MARSDEN, *The School Textbook: Geography, History and Social Studies*, 165-66 (Routledge, 2001)].

¹²⁸ Per esempio, nell'Arabia Saudita e nel Medio Oriente negli anni '90, giornalisti e lavoratori presso i media erano spesso soggetti a torture ed omicidi per le notizie da loro diffuse. A. JERICHO, *The Saudi File: People, Power, Politics*, Cambridge Journals, 189 (1998).

¹²⁹ "The Judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by Citizens of another State, or by Citizens or Subjects of any Foreign State". U.S. Constitution, 11th Amendment.

entità legate allo stato.¹³⁰ Sulla scia di tali sentenze della Corte Suprema alcune corti hanno stabilito che le università statali non possono essere considerate responsabili per violazione dei copyright.¹³¹ E' plausibile che la giurisprudenza appena citata abbia favorito la decisione dell'Università del Michigan e delle altre università statali della California, del Texas e del Wisconsin di accordarsi con Google per la scannerizzazione dei libri presenti nelle loro vaste raccolte inclusi libri sotto tutela di copyright.¹³² In effetti, l'elaborazione giurisprudenziale ha creato in queste biblioteche¹³³ l'aspettativa che nel caso in cui esse diano a Google propri libri da scannerizzare, alla peggio possano ricevere un'ingiunzione che vieti loro di fornire ulteriori libri a Google o di utilizzare qualsiasi copia digitale del patrimonio bibliotecario che Google potrebbe loro fornire ai sensi del *library partner program*.¹³⁴ Concretamente l'università del Michigan ha reso disponibili per la scannerizzazione circa 8 milioni di libri¹³⁵ e l'università della California si è impegnata a fornire a Google 2.5 milioni di libri.¹³⁶ Google oltre a rendere pienamente disponibili le copie di pubblico dominio per essere scaricate ed offrire *snippets* del contenuto dei libri tutelati da copyright a seguito della richiesta degli utenti, elenca i *links* dei siti da cui prendere in prestito o comprare libri e le biblioteche ne beneficiano perché in tal modo migliora l'accesso ai libri presenti nelle loro collezioni -in aggiunta anche autori ed editori ottengono benefici nel caso in cui gli utenti preferiscono

¹³⁰ La *sovereign immunity* è una dottrina legale che preclude ai cittadini la possibilità di intentare una causa contro il governo (*sovereign*). *Seminole Tribe of Florida v. Florida*, 517 U.S. 44 (1996) [Nel 1988 il Congresso aveva emanato uno statuto, l'Indian Gaming Regulatory Act, che richiedeva agli stati di negoziare con le tribù indiane patti relativi alla gestione del gioco, e, nel caso in cui uno stato si rifiutasse di negoziare le tribù potevano fare causa per obbligarlo. Nel caso in esame, la Corte d'Appello degli Stati Uniti ha deciso in favore dello stato della Florida sottolineando come l'Undicesimo Emendamento dia immunità sovrana agli stati, immunità che non può essere abrogata dal Congresso]; *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999) [in questo caso un gruppo di funzionari addetti alla sorveglianza dei soggetti in libertà vigilata aveva citato il suo datore di lavoro, lo Stato del Maine, per violazione del Fair Labour Standards Act del 1939. La Corte Suprema, confermando la decisione presa in *Seminole*, ha stabilito che Congresso non ha il potere di abrogare la *sovereign immunity* di uno stato dando il potere ai cittadini di intentare azioni legali contro di esso senza il suo consenso].

¹³¹ *Chavez v. Arte Publico Press*, 204 F.3d 604-607 (5th Cir. 2000) ("University of Houston has 11th Amendment immunity from damage liability for copyright infringement").

¹³² Copie di vari contratti fra Google e le biblioteche partner sono disponibili al sito <http://thepublicindex.org/documents/libraries/>.

¹³³ Discorso a parte per le università private che sono state più caute nell'agire per non rischiare di veder diminuire le ingenti dotazioni da cui dipendono per colpa di un'eventuale *copyright liability*. Le università di Harvard e Stanford, per esempio, hanno messo a disposizione del GBS, in generale, solo libri di pubblico dominio. Sul punto, J. TOOBIN, *Google's Moon Shot*, The New Yorker, Feb. 5, 2007, disponibile sul sito http://www.newyorker.com/reporting/2007/02/05/070205fa_fact_toobin?currentPage=1.

¹³⁴ Questo è definito nell'ASA come "the set (or portion thereof) of all Digital Copies of Books in a Fully Participating Library's Collection, which Digital Copies are made by copying the Library Scan...and which Google provides to the Fully Participating Library". ASA, § 1.81.

¹³⁵ Letter from Paul Courant to Judge Denny Chin at 1, *Authors Guild, Inc. v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y. Sept. 4, 2009), disponibile al sito <http://thepublicindex.org/docs/letters/Courant.pdf>.

¹³⁶ Cooperative Agreement Between Google, Inc. and the Regents of the Univ. of Calif., § 2.2, disponibile al sito <http://thepublicindex.org/docs/libraries/california.pdf>.

acquistare i libri piuttosto che prenderli in prestito-. John Sargent, presidente della MacMillan Books ha spiegato come gli editori siano consapevoli del fatto che l'Undicesimo Emendamento è un ostacolo ai procedimenti legali contro le biblioteche delle università statali e che senza tale immunità le università statali potrebbero essere accusate di *contributory infringement*¹³⁷ nel caso in cui forniscano a Google libri tutelati da copyright o utilizzino le *Library Digital Copies* che Google fornisce alle biblioteche partner.¹³⁸

Chiarito ciò, la Samuelson si spinge oltre fino a considerare il progetto di Google come mezzo per ottenere una riforma del copyright, riforma con effetti pro-competitivi che il Congresso troverebbe difficile realizzare -“*the Google Book Search (GBS) Project is as a mechanism through which to achieve copyright reform that Congress has not yet and may never be willing to do*”-. Questa affermazione può essere capita riflettendo su determinate caratteristiche dell'accordo già esaminate in precedenza: viene data a Google una licenza obbligatoria per commercializzare i milioni di libri fuori stampa inclusi quelli orfani- e viene creato un meccanismo per dividere il ricavato relativo a tale commercializzazione; viene autorizzata la creazione di un database per le sottoscrizioni istituzionali; viene elaborato un meccanismo per capire chi, fra autori ed editori, detiene i diritti sulle copie elettroniche dei libri; viene dato a Google un *safe-harbour* nel caso in cui, agendo in buona fede, commetta errori nel determinare se i libri sono o meno di pubblico dominio; vengono rese immuni le biblioteche da *contributory liability* nel fornire libri a Google per il suo GBS.

V.B. LA DISCIPLINA DEL FAIR USE

Fin dall'inizio il principio del *fair use* è stato evocato da Google a difesa del suo progetto. E' importante chiarire che la disciplina sul *fair use* in azione negli Stati Uniti è tra quelle -in relazione al resto del mondo- che limita maggiormente la portata della protezione garantita dal copyright.¹³⁹ Va ricordato che se una persona compie un atto non autorizzato andando a colpire diritti esclusivi garantiti ai possessori di copyright, questo non può essere considerato come atto di violazione se l'uso è giusto -*fair*-.¹⁴⁰ Per capire se una giustificazione in termini di *fair use* può trovare spazio, l' U.S.C. elenca quattro fattori da considerare: 1) il fine e il

¹³⁷ Si ha *contributory infringement* ha quando un soggetto consapevole di una violazione in atto la favorisce o vi contribuisce materialmente.

¹³⁸ ASA §7.2(a).

¹³⁹ R. OKEDIJI, *Toward an International Fair Use Doctrine*, 39 Colum. J. Transn'l L. 75, 87 (2000).

¹⁴⁰ 17 U.S.C. §107.

tipo d'utilizzo, 2) la natura del lavoro protetto, 3) l'ampiezza e sostanzialità della porzione usata, 4) il danno che l'utilizzo può causare al potenziale mercato dell'opera in questione -ad esempio, attività di insegnamento, di ricerca, giornalistiche, di reportage e attività realizzate per fini educativi senza scopo commerciale tendono ad essere giustificate-. Alla luce di questi fattori l'operato di Google sembrerebbe indifendibile: Google agisce per fini commerciali,¹⁴¹ le opere vengono interamente copiate in modo sistematico e tutti i loro contenuti sono protetti, e non si possono escludere danni al mercato dei libri a seguito dell'uso, non autorizzato, compiuto da Google -i suoi server potrebbero, ad esempio, essere attaccati dagli hacker e di conseguenza i libri potrebbero circolare liberamente in internet-. Tuttavia, Google difende le sue attività di digitazione dei libri tutelati da copyright per fini di indicizzazione dei loro contenuti e messa a disposizione degli utenti di estratti di tali libri e questo forte di tre importanti decisioni, *Kelly v. Arriba Soft Corp.*,¹⁴² *Perfect10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*¹⁴³ e *Field v. Google, Inc.*¹⁴⁴ In tutti e tre casi si sostiene una *fair use defence* per un motore di ricerca impegnato ad effettuare copie dei contenuti di altri soggetti per facilitare loro un migliore accesso in Internet. Precisamente, sia in *Kelly* che in *Perfect10* gli attori operavano nel senso di rendere disponibili miniature di fotografie a seguito di richieste da parte degli utenti web. Arriba Soft era un motore di ricerca di immagini che, in risposta alla ricerca fatta dagli utenti, mostrava minuscole immagini (*thumbnails*) di foto tratte da siti web sparsi in Internet. Kelly, un fotografo professionista, lo ha denunciato dicendo che le sue foto erano coperte da diritto d'autore e che non potevano essere utilizzate in alcun modo da Arriba. Il nono circuito ha considerato le miniature "trasformative" in quanto più piccole e di minore risoluzione rispetto alle foto originali di Kelly -la scarsa risoluzione delle anteprime mostrate dal motore di ricerca ne impediva qualsiasi utilizzo anche se ingrandite- e ha sottolineato come il motore di ricerca, permettendo agli utenti a riconoscere le immagini ed acquisirvi informazioni, aiutasse acquirenti potenziali a trovare le foto di Kelly. Considerato ciò, la corte ha ritenuto non persuasiva l'argomentazione di Kelly secondo cui

¹⁴¹ Ciò è particolarmente evidente con riferimento agli usi di non visualizzazione (per la trattazione relativa a tali usi vedi *supra* note 104).

¹⁴² 336 F.3d 811 (9th Cir. 2002). Questa decisione, decisamente innovativa nella sua portata, è stata criticata dai più tradizionalisti sostenitori dei copyright. Jane Ginsburg, ad esempio, condivide la decisione presa in termini di applicazione della *fair use doctrine* ma esprime preoccupazioni per le conseguenze di interpretazioni espansive. J.C. GINSBURG, *How Copyright Got a Bad Name for Itself*, 26 Columbia J. Law & Arts 61, 72-73, 2002.

¹⁴³ 416 F.Supp.2d 828 (C.D. Cal.2006), in parte confermata, in parte modificata, 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007).

¹⁴⁴ 412 F.Supp.2d 1106 (D.Nev.2006).

l'operare di Arriba Soft arrecava danno al proprio mercato delle foto.¹⁴⁵ Anche nel caso *Perfect10* venivano mostrate *thumbnails* a seguito di richieste degli utenti, ma a differenza di quanto accadeva nel caso *Kelly*, venivano riprodotte foto pubblicate in Internet senza previo consenso da parte degli autori -Perfect10 era una rivista di intrattenimento per adulti che permetteva agli utenti di visionare le foto presenti sul proprio sito web solo a seguito di sottoscrizioni a tale sito; il problema era che immagini tratte dal suo sito erano state pubblicate senza autorizzazione su altri siti web-. Il nono circuito ha deciso in favore di Google focalizzandosi su due punti: prima di tutto, Google non poteva essere ritenuto *contributory infringer* in quanto siti web che violavano i diritti d'autore esistevano prima di Google e sarebbero continuati ad esistere anche senza la sua presenza, inoltre, dal momento che il motore di ricerca non aveva il controllo su quei siti e non avrebbe potuto farli chiudere, ogni profitto che avrebbe potuto o meno ricavare dagli utenti che li visitavano non costituiva *vicarious infringement*.¹⁴⁶ Nel terzo caso sopra citato, *Field* ha accusato Google di violazione di copyright in quanto il motore di ricerca aveva copiato e reso disponibili, in seguito a richieste degli utenti, estratti di vari lavori che l'attore aveva pubblicato sul proprio sito web. Come nel caso *Kelly* la corte decise che l'operato di Google era trasformativo in quanto le copie da lui fornite consentivano, ad esempio, di accedere a quei contenuti quando la pagina web originale era fuori uso -per esempio in caso di server guasto- e di rilevare eventuali cambiamenti nel contenuto del sito web.¹⁴⁷ Inoltre, Google sarebbe dovuto incorrere in elevati costi transattivi per cercare ed ottenere il permesso per effettuare ogni copia del contenuto di Internet e, in ogni caso, *Field* poteva utilizzare un file, il *robots.txt*, per segnalare la sua non volontà che altri utilizzassero i dati presenti sul suo sito. Ricostruito ciò, è importante capire i passaggi della decisione presa in *Field* che supportano la *fair use defense* del GBS: il fatto che un motore di ricerca rendesse disponibili estratti di testi protetti da copyright non costituiva violazione; effettuare copie era necessario perché i motori di ricerca potessero rendere disponibili estratti dei testi; Google avrebbe dovuto sostenere costi eccessivi per

¹⁴⁵ *Kelly*, 336 F.3d, 818-821.

¹⁴⁶ La decisione presa nel caso *Perfect10* specifica come il campo di azione di *Kelly* non sia limitato a situazioni in cui sia stato il possessore di copyright a pubblicare i propri contenuti online.

¹⁴⁷ *Field*, 412 F.Supp.2d, 1118-19.

chiarire i diritti prima di effettuare copie per fornire estratti agli utenti del suo motore di ricerca. Non di meno, in *Field* come in *Kelly*, la corte ha ritenuto che Google facilitasse un maggior accesso alle opere in tal modo aiutando piuttosto che interferendo con le opportunità di mercato del possessore dei diritti d'autore.¹⁴⁸

V.C. PRIVILEGI DELLE UNIVERSITÀ

Nella §108 del Copyright Act del 1976 sono elencate le circostanze e le condizioni in cui le biblioteche e gli archivi possono fare e distribuire copie dei lavori protetti da copyright per fini specifici quali la conservazione e la sostituzione di materiale danneggiato.¹⁴⁹ Sebbene il Digital Millenium Copyright Act (DMCA)¹⁵⁰ abbia leggermente modificato la §108, ormai è diffusa l'idea che modifiche più radicali sono necessarie ora che le tecnologie digitali e i network sono diventati componenti fondamentali di biblioteche e archivi. In altre parole la §108 è rimasta ancorata al passato, ad un passato in cui non si contemplava la possibilità per le biblioteche di digitalizzare i libri protetti da copyright presenti nelle proprie raccolte, nemmeno per fini di tutela, e, tantomeno, la possibilità di fare copie digitali da rendere disponibili ai propri mecenate senza avere il permesso dei possessori dei diritti. E, anche se è

¹⁴⁸ Sul punto, F. PASQUALE, *Copyright in an Era on Information Overload: Toward the Privileging of Categorizers*, 60 Vand. L. Rev. 135 (2007); P. SAMUELSON, *Unbundling Fair Uses*, 77 Fordham L. Rev. 2537 (2009).

¹⁴⁹ 17 U.S.C. § 108. In particolare i primi tre paragrafi stabiliscono che:

“(a) [...]it is not an infringement of copyright for a library or archives, to reproduce no more than one copy of a work or to distribute such copy if: (1) the reproduction or distribution is made without any purpose of direct or indirect commercial advantage; (2) the collections of the library or archives are (i) open to the public, or (ii) available not only to researchers affiliated with the library or archives or with the institution of which it is a part, but also to other persons doing research in a specialized field; and (3) the reproduction or distribution of the work includes a notice of copyright that appears on the copy that is reproduced or includes a legend stating that the work may be protected by copyright if no such notice can be found on that copy.

(b) The rights of reproduction and distribution apply to three copies of an unpublished work duplicated solely for purposes of preservation and security or for deposit for research use in another library or archives if: (1) the copy reproduced is currently in the collections of the library or archives; and (2) any such copy that is reproduced in digital format is not otherwise distributed in that format and is not made available to the public in that format outside the premises of the library or archives.

(c) The right of reproduction applies to three copies of a published work duplicated solely for the purpose of replacement of a copy that is damaged, deteriorating, lost, or stolen, or if the existing format in which the work is stored has become obsolete, if: (1) the library or archives has, after a reasonable effort, determined that an unused replacement cannot be obtained at a fair price; and (2) any such copy that is reproduced in digital format is not made available to the public in that format outside the premises of the library or archives in lawful possession of such copy.”

¹⁵⁰ La §104 del DMCA consente a biblioteche ed archivi di fare fino a un massimo di tre copie di materiali protetti da copyright e di “prestare” elettronicamente tali copie ad altre istituzioni qualificate, inoltre permette che quando il formato in cui una certa opera è stata conservata sia diventato obsoleto questa possa essere conservata in formato digitale.

vero che dall'analisi presentata dal *Section 108 Study Group*¹⁵¹ è emersa l'esigenza che il Congresso agisca per consentire maggiori eccezioni alle biblioteche non è stata in ugual modo contemplata né la necessità di permettere alle biblioteche di digitalizzare tutti i propri libri né quella di permettere un vasto accesso pubblico alle copie realizzate per fini di conservazione.

Per capire l'importanza per le biblioteche di avere depositi digitali per i propri libri, basti pensare, da un lato, agli elevati costi di costruzione e manutenzione delle raccolte "fisiche" di tali libri e, dall'altro, al fatto che gli studenti tendono sempre di più a consultare i libri online e a visitare sempre meno le biblioteche "fisiche" col rischio che le raccolte di libri li presenti diventino invisibili a meno che non vengano rese disponibili online.¹⁵²

Data tale esigenza cosa potrebbe ostacolare un'azione da parte del Congresso nel senso di un emendamento alla §108 che permetta alle biblioteche di realizzare progetti di digitazione di massa e un più vasto accesso alle copie digitali di lavori protetti? Il fatto che si avrebbe una forte opposizione da soggetti quali l'Authors Guild e l'AAP come avvenuto nei confronti dell'iniziativa GBS. Non è un caso se Google è riuscito ad attirare importanti biblioteche come partner nel suo progetto GBS: avendo ragione di dubitare in un'azione da parte del Congresso, queste biblioteche hanno trovato in Google un partner in grado di scannerizzare i libri e dare loro copie LDC difendendo ciò in termini di *fair use*.¹⁵³

V.D. NECESSITÀ DI UNA DISCIPLINA SUI LIBRI ORFANI

Un ostacolo a progetti di digitazione è la prospettiva che un numero sostanziale di libri protetti da copyright siano orfani. Come già detto orfani significa che i rispettivi titolari di diritti non possono essere rintracciati per mezzo di una ricerca ragionevolmente diligente. Alla crescita del problema dei libri orfani hanno contribuito le numerose estensioni dei

¹⁵¹ Si tratta di un gruppo di esperti di copyright creato dal National Digital Information Infrastructure and Preservation program della Library of Congress e dal Copyright Office degli Stati Uniti con l'obiettivo di dare suggerimenti su come modificare la §108 al fine di adattarla al mondo digitale tenendo conto degli interessi di tutti i soggetti coinvolti: creatori, titolari di diritti, biblioteche e archivi. Maggiori informazioni si trovano sul sito <http://www.section108.gov/index.html>.

¹⁵² Per gli sponsor è fondamentale la possibilità di tale accesso online ai libri. Sul punto si veda la lettera inviata da Michael Heller al giudice Chin disponibile al sito <http://thepublicindex.org/docs/letters/Stanford%20Libraries.pdf>

¹⁵³ Il *settlement* può essere considerato *win-win-win*: Google può recuperare i costi di digitazione e fare tutti i tipi di *non display uses* dei libri; gli autori ed editori disporranno di nuove fonti di guadagno; le biblioteche e gli archivi avranno a propria disposizione milioni di libri in formato digitale, quindi accesso più facile alle proprie collezioni da parte degli utenti e più strumenti per fare ricerca.

termini dei copyright promulgate da Congresso nelle decadi passate che hanno reso le durate più lunghe e più indefinite.¹⁵⁴ Il Copyright office degli Stati Uniti ha suggerito l'adozione di una legge che permetta alle biblioteche e agli archivi di utilizzare liberamente materiale protetto da copyright nel caso in cui abbiano prima effettuato una ricerca ragionevolmente diligente dei titolari di diritti. Le biblioteche hanno supportato tale proposta e anche Google sebbene quest'ultimo abbia chiesto una soluzione che permetta la digitazione dei lavori protetti in un modo che permetta di superare gli alti costi transattivi legati all'effettuazione di tale ricerca libro per libro.¹⁵⁵ Il Congresso ha preso in considerazione ma non adottato una legge basata sulla proposta del Copyright Office; in ogni caso se tale legge fosse adottata, progetti come il GBS non sarebbero fattibili per i costi proibitivi legati ad una ricerca libro-per-libro. Jonathan Band spiega le numerose ragioni per cui i libri rischiano di restare orfani;¹⁵⁶ in ogni caso più sono vecchi più è probabile che ogni diligente ricerca fallisca.¹⁵⁷

Tornando al *settlement*, esso permetterebbe a Google di fronteggiare il problema dei libri orfani in modo efficace in termini di costi data la presenza della *default rule* secondo la quale tutti i libri fuori stampa, inclusi quelli orfani, possono essere commercializzati da Google a condizione che divida i guadagni con il Registro -il cui compito, va ricordato, è quello di trovare i titolari dei diritti sui libri dalla vendita e licenza dei quali Google ottiene profitti-.¹⁵⁸

¹⁵⁴ Si veda l'Orphan Work Report disponibile al sito <http://www.copyright.gov/orphan/orphan-report.pdf>. Fino al 1976, la durata dei copyright era di 28 anni, il possessore di diritti poteva richiedere un'estensione di altri 28 anni ma ciò era improbabile venisse fatto se il libro era fuori stampa da più di 20 anni, quindi dopo 28 anni il libro poteva essere effettivamente considerato di pubblico dominio (17 U.S.C. §23). Con il Copyright Act del 1976 la durata è stata modificata e si è rallentata la ricaduta dei libri nel pubblico dominio: agli autori e loro eredi viene garantita una durata del copyright che si estende a 50 anni oltre la morte degli autori (17 U.S.C. §302(a)). Questo modello "vita dell'autore + 50 anni" oltre ad aver notevolmente esteso la durata del copyright l'ha resa più incerta -è impossibile sapere quando la protezione di un libro pubblicato dopo il 1977 scadrà se l'autore è ancora in vita al momento della pubblicazione-. Con il Sonny Bono Copyright Term Extension Act del 1998 il copyright è stato ulteriormente prolungato di altri 20 anni dopo la morte dell'autore (è vero che le biblioteche e gli archivi hanno persuaso il Congresso a mitigare ciò introducendo un'eccezione che permette a tali istituzioni di copiare le opere per fini di conservazione e di renderli disponibili a studenti e ricercatori ma questo è possibile solo negli ultimi 20 anni prima della scadenza dei copyright e solo se le copie dei libri non sono più disponibili sul mercato - 17 U.S.C. §108(h)).

¹⁵⁵ <http://copyright.gov/orphan/comments/OW0681-Google.pdf>.

¹⁵⁶ J. BAND, *op. cit.*

¹⁵⁷ Denise Covey, bibliotecaria presso la Carnegie Mellon University, ad esempio, riporta che il 67% dei libri pubblicati tra il 1923 e il 1929 erano orfani e che lo era il 38% di quelli pubblicati nel 1960. D.T. COVEY, *Analysis of Orphan Works in the Context of the Google Books Settlement*, http://repository.cmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1072&context=lib_science.

¹⁵⁸ Per capire l'importanza del punto, uno dei legali di Google, Daralyn Durie ha informato il giudice Chin del fatto che questo regime di *opt out* riguardo ai libri non disponibili sul mercato è essenziale per il *settlement* e senza di esso il *settlement* non ci sarebbe.

VI. IN ARRIVO TANTI GOOGLE BOOKS SEARCH NAZIONALI?

Nell'attesa della decisione del Tribunale, dopo aver aspettato per più di cinque anni, il Patent Office statunitense ha concesso a Google il brevetto numero 7.664.751 inerente una "interfaccia utente variabile basata sui privilegi di accesso ai documenti".¹⁵⁹ Il brevetto descrive in sostanza un sistema di filtri su cui basare fruizioni di contenuti differenti da paese a paese, in armonia con le norme sul copyright locali. Un'attenta occhiata al contenuto del brevetto induce a pensare che ci possa essere un legame con la controversa iniziativa di *book scanning*.

Se da un lato è previsto che la disponibilità di documenti scannerizzati, come libri e riviste, possa essere limitata a determinate parti e che gli utenti possano trovarsi davanti a diverse interfacce di visualizzazione in considerazione di fattori quali i diritti di visione posseduti per il documento includenti e le informazioni specifiche dell'utente -per esempio, i lettori negli Stati Uniti possono avere diritto a un accesso parziale al documento mentre i lettori in Canada possono avere diritto all'accesso completo al documento-, dall'altro il libretto prevede che nei casi in cui l'accesso è limitato o ristretto il software può fornire agli utenti link per l'acquisto del documento completo. In sostanza Google ha ottenuto dall'ufficio brevetti statunitense la licenza di *customizzare* le interfacce utente dei propri servizi, e in particolare di *Google Books Search* -servizio dedicato solo ed esclusivamente ai "documenti" citati e descritti nel brevetto- fornendo versioni diverse da paese a paese non tanto in relazione agli elementi dell'interfaccia quanto alle porzioni di documenti (libri, riviste e quant'altro) visualizzabili sullo schermo. Dovendo fare i conti con diverse concessioni di distribuzione da parte dei proprietari dei copyright, Google può di abilitare la fruizione parziale nei casi in cui non ottiene il diritto alla pubblicazione completa. Questa iniziativa di differenziazione dell'esperienza utente nel rispetto delle legislazioni locali può considerarsi come un' azione difensiva contro i problemi legali da affrontare - problemi caratterizzanti l'attuale situazione di tensione tra Google Book Search e gli editori

¹⁵⁹ "Users may be presented with different viewing interfaces for a document based on a combination of factors relating to display rights possessed for the document and user specific information. In one implementation, the user's location is used to determine portions of the document that can be displayed to the user. More particularly, access privileges to a document for a user are determined based on geographical location information of the user and based on access rights possessed for the document. Portions of the document may then be formatted for display to the user based on the determined access privileges".

negli USA, e in altri paesi- a causa dell'esistenza di un regime di diritto d'autore frammentario e discordante da un paese all'altro.¹⁶⁰

VII. CHI HA PAURA DI GOOGLE?

Un paio d'anni fa Geoff Ramsey, Chief Executive Office e co-fondatore dell'eMarketer, ha coniato l'acronimo FOG (Fear of Google) per esprimere il timore che l'azienda di Mountain View possa diventare un monopolista della conoscenza. Ma cosa nasconde realmente tale timore? In primo luogo, la preoccupazione, diffusa e radicata nelle imprese così come nei governi, legata alla crescita inarrestabile di Google nel mercato mondiale della ricerca di dati e informazioni e al suo ingresso in nuovi mercati (come quello delle comunicazioni telefoniche nel quale si profila l'entrata a colpi di piattaforma Android e i sistemi Google Voice e Google Wave). Google grazie all'uso congiunto dei suoi sistemi -da Google Books Search a Google News, dagli archivi sanitari online ai video di You Tube- può disporre di informazioni a 360 gradi: informazioni relative agli acquisti effettuati online, agli annunci pubblicitari e siti d'informazione consultati, ai dati sulla salute, ai libri digitali acquistati, agli aerei, treni e alberghi prenotati che gli permettono di avere il controllo, rispetto ad ogni singolo utente, sulle scelte in termini di consumi, sullo stato di salute, sul possibile orientamento politico, sui gusti personali, sugli spostamenti effettuati. A concludere il tutto, il sistema di localizzazione Latitude ed il nuovo servizio stradale basato su tecnologia satellitare Google Maps comportano l'alto rischio di rendere la privacy di ogni cittadino un optional. Come nei migliori thriller la paura scorre a vari livelli: oltre agli utenti preoccupati per la loro privacy, ci sono le testate giornalistiche e le televisioni messe in crisi dalla crescita di You Tube e degli altri servizi informativi disponibili online, concorrenti quali Yahoo, Amazon e Microsoft, gli attori operanti nel settore della telefonia -come già accennato Google ha lanciato in via sperimentale il servizio telefonico via web Google Voice e Google Wave: un sistema che registra e archivia tutte le comunicazioni di un utente che vengono

¹⁶⁰ Per esempio un libro considerato di dominio pubblico in un paese potrebbe essere ancora sotto la tutela della legge sul diritto d'autore in un altro paese, inoltre paesi diversi hanno diversi modi di definire e proteggere *fair use rights*. In Francia Google ha recentemente perso una causa avendo una corte dichiarato che il programma *Google Books Search* è una violazione della legge francese sul copyright. La specifica tecnologia descritta nel brevetto da a Google la possibilità di far fronte alle inconsistenze esistenti nella legge regionale sul copyright attraverso una gestione programmatica del controllo d'accesso in un modo che è più favorevole al rispetto dei suoi obblighi legali come distributore di contenuti.

trasformate in byte e che viaggiano (gratis) su Internet, anziché sulle normali linee telefoniche-.

Non è difficile immaginare che una diversa preoccupazione attanagli la categoria degli editori: l'editoria scientifica è un potente strumento di controllo politico delle gerarchie accademiche sulla diffusione delle conoscenze, consentire agli studiosi di tutto il mondo (anche quelli che si trovano nei paesi più poveri, privi dei mezzi per effettuare ricerche indipendenti) di accedere liberamente a determinati contenuti comporterebbe una rivoluzione nelle modalità di diffusione e fruizione della conoscenza che con elevata probabilità spaventa molti.

VIII. L'EUROPA CEDE A GOOGLE

Sul versante europeo due tentativi, in particolare, sono stati fatti per cercare di arginare l'irrompere di Google ma con risultati quantomeno discutibili.

Prima di tutto, oltre ad esprimere le proprie feroci critiche, l'AIE e la FEP hanno deciso di sfidare Google. Il 18 novembre 2008 è partito il progetto europeo ARROW (Accessible Registries of Rights information and Orphan Works towards Europeana), con l'obiettivo di rendere consultabile ai cittadini del mondo l'immenso patrimonio culturale del vecchio continente.¹⁶¹ Con questo progetto, si è data vita alla biblioteca digitale Europeana, sfida lanciata a Google Book Search dall'Unione europea, che, partendo da un bagaglio di 2 milioni di opere -opere provenienti da biblioteche italiane, tedesche, spagnole, polacche e ungheresi- ambiva ad arrivare a quota 10 milioni di opere digitalizzate entro il 2010 -non solo libri, ma anche video, immagini, suoni, mappe, manoscritti e dipinti-. Tuttavia, ad un anno dalla sua nascita questa ambizione il sogno non è diventato realtà: a fine 2009 erano stati messi online solo il 5% di tutti i libri digitalizzati nei 27 paesi Ue (il paese che ha maggiormente contribuito al progetto è stata la Francia, che da sola ha fornito il 47% delle opere raccolte; la partecipazione italiana al progetto, al contrario, si è limitata all'1,2% delle opere e, non può non far riflettere il fatto che la Divina Commedia, simbolo della tradizione culturale italiana, era stata fornita da istituzioni estere quali la Biblioteca Nazionale di

¹⁶¹ ARROW è coordinato dall'AIE e vede la partecipazione della FEP, dell'International Federation of Reproduction Rights Organisation, di otto biblioteche nazionali (tra cui quelle di Francia, Regno Unito, Paesi Bassi, Spagna e Germania) e di un nutrito gruppo di associazioni nazionali di editori e società di gestione collettiva dei diritti. Questo progetto avrebbe dovuto facilitare le biblioteche nella "ricerca diligente" dei detentori dei diritti fornendo informazioni sullo status delle opere.

Francia e l'Università popolare della Slovenia). Se il cuore della sfida era quello di dimostrare che poteva esistere una reale alternativa a Google, che si poteva rendere disponibile online un pari volume di opere ma senza sollevare le stesse problematiche in termini di antitrust e diritto d'autore, proprio l'attesa di trovare una soluzione delle questioni sulle norme sul diritto d'autore ha contribuito, insieme al comportamento dei governi e delle istituzioni culturali europee troppo pigre o gelose dei propri patrimoni, allo scarso risultato di Europeana.¹⁶²

Il mercato mondiale del libro digitale, con Google in testa, è pronto al decollo, ma l'offerta europea di letteratura online è scarsa: forte a parole, nei fatti il potenziale concorrente è rimasto potenziale. Il risultato è che ogni paese europeo va per conto proprio e pur essendo diffuso il motto "*Google as the evil*", governi e singole istituzioni culturali hanno iniziato e continuano a concludere accordi con Google Books.

Sul versante domestico, per esempio, l'11 marzo 2010 il Ministero per i Beni e le Attività Culturali italiano e Google, dopo nove mesi di trattative, hanno annunciato una collaborazione che consentirà a chiunque nel mondo di accedere a fino a un milione di libri conservati nelle Biblioteche Nazionali di Roma e Firenze -da Dante a Manzoni passando per testi scientifici-.¹⁶³ Per Google si tratta di un'operazione di rinascimento digitale: "ogni studente dovrebbe accedere alle opere di Petrarca, Dante, Vico. Per molti di questi autori famosi, in parte è già possibile, ma che dire delle opere di Guglielmo il Giuggiola o Coluccio Salutati? Vogliamo che tutta la grande letteratura italiana diventi accessibile al pubblico". Il perché di questa decisione è chiaro. Si può far fuoco contro Google usando varie tipologie di critiche -va ricordato che anche l'Italia ed il suo patrimonio cartaceo sono stati coinvolti nella vertenza internazionale a cui è sottoposto Google- ma anche la più grande guerra diventa una scaramuccia quando il peso economico di una scelta si fa sentire in tutta la sua portata. A tal proposito non necessita di ulteriori commenti la pragmatica considerazione della direttrice della Biblioteca nazionale di Firenze Antonia Ida Fontana: "digitalizzare un libro, calcolando per difetto una media di 200 pagine, costa circa 160 euro; poiché la sola Biblioteca di Firenze conserva oltre sei milioni di titoli e migliaia di riviste, si supera il miliardo; Google farebbe tutto ciò gratuitamente". Un altro aspetto di tale accordo ha un risvolto quanto meno

¹⁶² Maggiori dettagli sono disponibili sul sito www.europeana.eu.

¹⁶³ Le opere sono di data precedente al 1868 (per questo non sono tutelate da copyright). Nei prossimi due anni verrà effettuata la catalogazione dei volumi scelti che saranno poi digitalizzati -il costo della digitalizzazione sarà a carico di Google- e messi online.

curioso. E' previsto che Google fornisca alle due biblioteche sopra citate le copie digitali di ciascun libro parte del progetto, così che possano a loro volta renderli disponibili anche su piattaforme diverse da Google Books e tra queste c'è quella del progetto Europeana: se da un lato l'accordo permette, quindi, all'Italia di acquistare visibilità nell'ambito di Europeana (dopo lo scarso impegno dimostrato nel contribuire alla sua creazione), dall'altro fa cambiare in positivo il ruolo di Google, dal momento che sarà la "preda" pericolosa che darà da mangiare al "cacciatore". Questa è la prima collaborazione in assoluto tra un Ministero della Cultura e Google per Google Books e tutto fa supporre che non resterà l'unica.

Il secondo tentativo risale a fine 2009 quando, dopo tre anni di cause, il tribunale di Parigi ha condannato Google Francia a pagare una multa di 300 mila euro per infrazione alla normativa sul diritto d'autore con la digitalizzazione di libri. Nel 2006 il gruppo Martinière, proprietario tra le altre della casa editrice Editions du Seuil, aveva scoperto che Google aveva digitalizzato e messo online, senza aver chiesto il consenso preliminare, alcune opere ed estratti dei lavori pubblicati dalla sua casa editrice e tutelati dal diritto d'autore. *"E' inaccettabile che qualcuno può prendere i vostri libri e digitalizzarli senza chiederlo"*, dichiarava all'epoca il presidente Hervé de La Martinière. La casa editrice si era dunque rivolta al tribunale denunciando la pubblicazione sul web di circa 400 mila testi. Nel giudizio del tribunale si legge che "La digitalizzazione di un'opera, tecnica che consiste nella scansione in un formato informatico dato, è una riproduzione che, in quanto tale, richiede l'autorizzazione preliminare dell'autore o dei titolari"; il motore di ricerca, continuano i giudici, "riproducendo integralmente e rendendo accessibili degli estratti di opere" avrebbe commesso "una violazione dei diritti d'autore a danno di La Martinière, oltre che del Sindacato nazionale degli editori (SNE) e della Società letteraria (SGDL)". Sicuramente una sconfitta per Google, tuttavia, anche in questo caso sotto la superficie c'è ben altro. Lasciano riflettere le parole del Ministro francese della Cultura, Frédéric Mitterrand che, a seguito della condanna, ha parlato dell'impegno a trovare con Google delle "soluzioni comuni" per la digitalizzazione del patrimonio culturale, aggiungendo che non bisogna "demonizzare Google", piuttosto trovare "soluzioni pratiche ed equilibrate tra la necessità di una massiccia distribuzione delle opere e il rispetto dei diritti d'autore" e "costituire una base europea comune di riflessione" sulla relazione con il motore di ricerca più potente del mondo.

Le iniziative europee, dunque, stentano ancora a produrre risultati sostanziali nella gara alla digitalizzazione del patrimonio culturale: il costo della digitalizzazione del proprio

patrimonio culturale sembra poco sostenibile, a meno di non trovare un accordo a livello europeo con relativo investimento di risorse adeguate. L'impressione è che Google fa paura, per molti è una presenza scomoda ma, al tempo stesso, è un soggetto dal quale è difficile, se non impossibile, prendere le distanze.

IX. CONCLUSIONI

Tirando le somme dell'analisi svolta finora, vanno evidenziate alcune criticità in termini di diritto d'autore e disciplina antitrust.

Innanzitutto la decisione di condanna da parte del tribunale di Parigi per violazione del diritto d'autore a seguito della riproduzione di opere in mancanza di previa autorizzazione da parte dei titolari dei diritti su di esse. Per capire l'importanza di tale decisione e le sue implicazioni occorre effettuare una breve spiegazione del contesto europeo. Nell'aprile 2007, il Parlamento europeo ha votato in seduta plenaria una relazione che accoglie la proposta della Commissione di una nuova direttiva sul diritto d'autore -direttiva Ipred2- e, nello stesso tempo, introduce una serie di emendamenti. Un emendamento in particolare, ricalcato sostanzialmente sul *fair use* statunitense, stabilisce che la riproduzione in copie o su supporto audio o con qualsiasi altro mezzo, a fini di critica, recensione, informazione, insegnamento (compresa la produzione di copie multiple per l'uso in classe), studio o ricerca, non debba essere qualificato come reato.¹⁶⁴ Cosa concludere? Che la decisione francese va nella direzione di una non applicabilità della *fair use defence* al caso Google.

In ambito antitrust due appaiono essere le maggiori problematiche del caso: il meccanismo di *opt-out class action* ed il monopolio di Google sui libri orfani. Se l'azione legale non fosse stata intentata, il *settlement agreement* sarebbe stato niente più che un contratto privato tra Google e i titolari di diritti interessati caratterizzato da componenti sia orizzontali che verticali e sarebbe stato soggetto ad una verifica in termini di antitrust dal momento che detentori di diritti, altrimenti concorrenti, avrebbero contrattato collettivamente con Google; tuttavia, alla luce del precedente *BMI*, non sarebbe stato il primo caso riguardante trattative del genere. Al contrario, la realtà dei fatti è che l'azione legale e il meccanismo di *opt-out*

¹⁶⁴ "Member States shall ensure that the fair use of a protected work, including such use by reproduction in copies or audio or by any other means, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship or research, does not constitute a criminal offence".

class action hanno cambiato lo scenario generando una dipartita dal mondo dei contratti puramente privati verso quella che può essere definita come “aggregazione passiva” dei titolari dei diritti sui libri coinvolti dal progetto di Google. Fondamentalmente è la posizione di default che viene ribaltata. Per alcuni titolari ciò comporta un dispendio di energie a causa di una partecipazione attiva loro richiesta: nel caso di una contrattazione privata, i titolari non interessati, per non essere coinvolti dai termini dell’accordo, non avrebbero dovuto fare niente mentre, nel caso concreto, per essere svincolati dalle condizioni del *settlement*, devono attivamente effettuare un *opt out*. Per altri titolari il risultato è più problematico, il meccanismo di *opt-out class action* ha un effetto di *lock-in*: i titolari orfani non hanno alcuna possibilità d’agire (dal momento che non sono identificati o identificabili) e non potendo effettuare un *opt out* vengono automaticamente e passivamente raccolti nel *settlement*. A parte i problemi di rappresentanza e protezione di tali detentori di copyright sui libri orfani ed alla violazione della *Rule 23* della *Federal Rule of Civil Procedure*, il risultato fondamentale è che Google, avendo piena ed esclusiva libertà di disporre delle opere orfane, ottiene un monopolio di fatto.¹⁶⁵ Per prevenire la creazione di questo potere di mercato il *settlement* dovrebbe essere modificato creando un meccanismo che garantisca la possibilità di avere più licenze sui lavori orfani. Cosa insegnano i precedenti giurisprudenziali a tal riguardo? Oltre oceano il *Justice Scalia*, della Corte suprema degli Stati Uniti, nel caso *Trinko* rigettava *in toto*, o quasi, l’idea della sussistenza di un *duty to share* del monopolista con il concorrente entrante; sul versante europeo, al contrario, la Corte di giustizia CE, nel caso *IMS*, ha riproposto la linea dell’obbligo a contrarre in presenza di circostanze straordinarie.

A questo punto la problematica è chiara, tuttavia, se venisse accolta la proposta avanzata da alcuni studiosi di proprietà intellettuale non ci sarebbe più una problematica da analizzare e sulla quale prendere una decisione, non ci sarebbe più un caso Google. Per capire il perché, va fatto un breve *excursus* nel campo della proprietà intellettuale. Il potere assoluto del detentore di diritti d’autore di impedire che l’autore di un così detto lavoro derivato ne effettui la pubblicazione è un ostacolo all’attività di traduzione (dell’opera originaria) e quindi alla circolazione della cultura; alla luce di ciò la Convenzione di Berna del 1886 ha posto un limite di 10 anni alla possibilità per l’autore di esercitare diritti assoluti di traduzione. Ciò che gli studiosi sopra citati rivendicano è che questo stesso approccio venga

¹⁶⁵ Usando le parole di Grimmelmann: “il trattamento delle opere i cui diritti non sono stati rivendicati è il cuore delle promesse e dei pericoli del *settlement*”.

seguito nel caso dei diritti su lavori fuori stampa e che, quindi, venga posto un limite all'*unconditional maintenance of copyright in out-of-print works*. Come nel caso della pubblicazione dei lavori derivati, infatti, non c'è una valida ragione per bloccare la pubblicazione di un lavoro che il primo editore, assegnatario dei diritti economici, ha abbandonato per anni. Un decreto danese del 1741 decretava, nel caso ricorressero tali circostanze, la terminazione dei diritti d'autore.¹⁶⁶ Se ci fosse effettivamente un'azione del legislatore in tal senso, se, come suggerito dal professor Gustavo Ghidini, fosse stabilita un'*automatic FRAND licence*¹⁶⁷ su un'opera dopo che questa sia stata per un certo numero di anni fuori stampa, Google non potrebbe essere più a lungo accusato di violare la legge sul copyright e quindi di avere un monopolio sulle opere orfane dato che qualsiasi competitor potrebbe utilizzarle e pubblicarle online.¹⁶⁸

¹⁶⁶ Il testo si può trovare in S. LADAS, *The International Protection of Literary and Artistic Property*, New York: Macmillan, I, 1938.

¹⁶⁷ L'acronimo FRAND sta per *Fair, Reasonable and Non Discriminatory*.

¹⁶⁸ G. GHIDINI, *Innovation, Competition and Consumer Welfare in Intellectual Property Law*, Edward Elgar Publishing, 2010, p.110.

BIBLIOGRAFIA

PUBBLICAZIONI

G. ALLARDYCE, *Toward World History: American Historians and the Coming of the World History Course*, 1 *Journal of World History* 23, 30 (1990)

J. BAND, *The Long and Winding Road to the Google Books Settlement*, 27 *John Marshall Rev. Intell. Prop. L.* (2009).

S. BRIN, *Lasciate che i libri vengano a me*, *Wired* [edizione italiana], 01-2010.

M. CAIRNS, *580,388 Orphan Works - Give or Take*, PERSONANONDATA blog, 2009, <http://personanondata.blogspot.com/2009/09/580388-orphan-works-give-or-take.html>

B. COOPER & T. AKCAM, *Turks, Armenians, and the "G-Word"*, 22 *World Policy Journal*, Fall (2005).

D.T. COVEY, *Analysis of Orphan Works in the Context of the Google Books Settlement*, http://repository.cmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1072&context=lib_science.

R. DARNTON, *Can we Create a National Digital Library?*, *The New York Review of Books*, Oct. 28, 2010.

R. DARNTON, *Google and the Future of Books*, 56 *The New York Review of Books*, Feb. 6, 2009.

E. ELHAUGE, *Why the Google Books Settlement is Procompetitive*, *The Journal of Legal Analysis*, Vol.2, No 1, 1-68, 2010.

J. EPSTEIN, *Books@Google*, *The New York Review of Books*, Oct. 19, 2006.

E.M. FRASER, *Antitrust and the Google Books Settlement: the Problem of Simultaneity*, *Stanford Technology Law Review* 4, 2010, <http://stlr.stanford.edu/pdf/fraser-antitrust-and-google-books.pdf>.

G. GHIDINI, *Innovation, Competition and Consumer Welfare in Intellectual Property Law*, Edward Elgar Publishing, 2010, p.110.

J. GIBSON, *Google's New Monopoly*, *The Washington Post*, A21, Nov. 3, 2008.

J.C. GINSBURG, *How Copyright Got a Bad Name for Itself*, 26 *Columbia J. Law & Arts* 61, 2002.

J. GRIMMELMANN, *The Amended Google Books Settlement is Still Exclusive*, *The CPI Antitrust Journal*, Jan 26, 2010.

J. GRIMMELMANN, *How to Fix the Google Book Search Settlement*, *Journal of Internet Law*, 12(2), April 2009.

J. GRIMMELMANN, *The Google Books Search Settlement: Ends, Means, and the Future of Books*, *NWLS Legal studies Research Paper*, 8, April 2009.

J.A. HAUSMAN & J.G. SIDAK, *Google and the Proper Antitrust Scrutiny of Orphan Books*, *Journal of Competition Law & Economics*, 5(3), 2009.

R.B. JEANS, *Victims or Victimizers? Museums, Textbooks, and the War Debate in Contemporary Japan*, 69 *Journal of Military History* 149, 2005.

S. KAY, *From Sputnik to Minerva: Education and American National Security*, 65 Defense Horizons, Jan. 2009.

S. LADAS, *The International Protection of Literary and Artistic Property*, New York: Macmillan, I, 1938.

M.A. LEMLEY & R.K. TANGRI, *An Antitrust Assessment of the Google Book Search Settlement*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1431555.

J.W. LOEWEN, *Lies My Teacher Told Me: Everything your American History Textbook Got Wrong*, New York: Simon & Schuster, 1995.

H.D. MEHLINGER, *School Textbooks: Weapons for the Cold War*, in: Ekloff B. (Ed.), *School and Society in Tsarist and Soviet Russia*, New York: Macmillan & St. Martin's Press, 1993.

R. OKEDIJI, *Toward an International Fair Use Doctrine*, 39 Columbia Journal of Transnational Law, 39, 75, 2000.

F. PASQUALE, *Copyright in an Era on Information Overload: Toward the Privileging of Categorizers*, 60 Vand. L.Rev. 135, 2007.

R.C. PICKER, *The Google Book Search Settlement: A New Orphan-Works Monopoly?*, Journal of Competition of Law and Economics, Aug. 26, 2009.

P. SAMUELSON, *Legally Speaking: The Dead Souls of the Google Book Search Settlement*, O'Reilly Radar, Apr. 2009.

P. SAMUELSON, *The Google Book Settlement: Real Magic or a Trick?*, The Economists' Voice, Nov. 2009.

P. SAMUELSON, *Unbundling Fair Uses*, 77 Fordham L. Rev. 2537, 2009.

P. SAMUELSON, *The Audacity of the Google Books Search Settlement*, The Huffingtonpost, 10, Aug. 2009.

B.N. SCHILIT & O. KOLAK, *Exploiting a Digital library through Key Ideas*, <http://sites.google.com/site/schilit2/fp035-schilit.pdf>.

B. STONE E M. HELFT, *Google and Partners Revise Terms of Digital Book Deal*, The New York Times, Nov. 14, 2009.

J. TOOBIN, *Google's Moon Shot*, The New Yorker, Feb. 5, 2007, http://www.newyorker.com/reporting/2007/02/05/070205fa_fact_toobin.

H. TRAVIS, *Estimating the Economic Impact of Mass Digitization Projects on Copyright Holders: Evidence from the Google Book Search Litigation*, Antitrust & competition Policy Blog, Aug. 30, 2010, <http://ssrn.com/abstract=1634126>.

BODO VON BORRIES, *The Third Reich in German History Textbooks since 1945*, 38 Journal of Contemporary History 45, 2003.

PROPOSED SETTLEMENT AGREEMENT e AMENDED SETTLEMENT AGREEMENT sul sito <http://www.googlebooksettlement.com/agreement.html>

TRIPS sul sito http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm0_e.htm

BERN CONVENTION FOR THE PROTECTION OF LITERARY AND ARTISTIC WORKS sul sito
http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/trtdocs_wo001.html

DIGITAL MILLENIUM COPYRIGHT ACT sul sito
<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-105hr2281enr/pdf/BILLS-105hr2281enr.pdf>

CASI

The Author's Guild, et al. v. Google, Inc., No. 05-CV-8136, (S.D.N.Y. Oct. 28, 2008; Feb. 4, 2010).

Pacific Bell Telephone Co. v. Linkline Communications, Inc., 555 U.S. (2009).

Perfect10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007).

Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. (2007).

Field v. Google, Inc., 412 F.Supp.2d 1106 (D.Nev. 2006).

In Re Monumental Life Ins. Co., 365 F.3d (5th Cir. 2004).

Newton v. Diamond 388 F.3d 1189 (9th Cir. 2004).

Verizon Communications v. Law offices of Curtis V. Trinko, 540 U.S. 398 (2004).

Kelly v. Arriba Soft Corp. 336 F.3d 811 (9th Cir. 2002).

Random House v. Rosetta Books, 283 F.3d 490 (2^d Cir. 2002).

Chavez v. Arte Publico Press, 204 F.3d 539 (5th Cir. 2000).

Alden v. Maine, 527 U.S. 706 (1999).

Amchem Prods., Inc. v. Windsor, 521 U.S. 591 (1997).

Seminole Tribe of Florida v. Florida, 517 U.S. 44 (1996).

Abend v. MCA, Inc., 863 F.2d 1465 (9th Cir. 1988).

Gen. Tel. Co. of the Sw. v. Falcon, 457 U.S. 147 (1982).

Broadcast Music, Inc. v. CBS, 441 U.S. 1 (1979).

E. Tex. Motor Freight Sys., Inc. v. Rodriguez, 431 U.S. 395 (1977).

CAPITOLO 2

LUCI ED OMBRE DEL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE:

IL CASO DELLE NANO-TECNOLOGIE*

“Ignorance may be bliss, but it is generally bad policy. That may be especially true with respect to existing and forthcoming products that embody the relatively new, still poorly understood technology called nanotechnology”.

David Dana¹⁶⁹

INTRODUZIONE

I progressi tecnici e tecnologici inducono sin troppo spesso a parlare di rivoluzione, perché contribuiscono a stravolgere modalità organizzative della vita sociale che apparivano sino a ieri consolidate.

Attualmente è in atto una vera e propria corsa mondiale alle nano-tecnologie¹⁷⁰, centinaia di prodotti contengono nano-materiali (*nanoscale chemicals*) o sono realizzati tramite l'utilizzo di nano-tecnologie e, scienziati ed esperti studiano la possibilità di loro nuove applicazioni in diversi settori. La crescente importanza assunta, negli ultimi anni, dalle nano-tecnologie ha fatto sorgere non pochi interrogativi riguardo al loro impatto sull'ambiente, da un lato, e sulla salute e sicurezza delle persone, dall'altro.¹⁷¹ A tal proposito, nel 2007, varie organizzazioni non governative hanno sottoscritto i *Principles for the Oversight of Nanotechnologies and Nanomaterials* -principi pensati per fungere da guida nella supervisione e valutazione dell'impatto delle nano-tecnologie in termini di salute, ambiente, etica, società-.

Il primo di questi otto principi, “A Precautionary Foundation”, richiama l'importanza e la necessità di un regime basato sul principio di precauzione che includa il divieto di introdurre in commercio nano-materiali (o loro applicazioni) non testati o non sicuri e

* Una versione di questo articolo è stata pubblicata sulla rivista “Danno e Responsabilità”, 12/2010, con il titolo *Nanotecnologie e principio di precauzione*.

¹⁶⁹ D. A. DANA, *When Less Liability May Mean More Precaution: The Case of Nanotechnology*, Northwestern Law and Economics series, 09-43

¹⁷⁰ Con riferimento all'ambito europeo, nel 2004 la Commissione Europea ha pubblicato la Comunicazione “Verso una strategia europea a favore delle nano-tecnologie” in cui fornisce una serie di raccomandazioni ed iniziative per incentivare la ricerca europea in materia di nano-scienze.

¹⁷¹ Secondo le stime presentate dalla Lux Research nel suo ultimo report sulle nano-tecnologie, il mercato dei prodotti che integrano materiali nano-tecnologici è previsto raggiungere i 3,1 trilioni di dollari entro il 2015. Lux Research, *The Nanotech Report, 5th Edition (Investment Overview and Market Research for Nanotechnology)*, Nov. 2009.

richieda ai produttori e distributori di farsi carico dell'onere della prova: “no health and safety data, no market”.¹⁷² All'indiscussa utilità ed importanza delle proprietà fisiche, chimiche e biologiche delle nano-tecnologie, viene, infatti, contrapposto l'elevato rischio di tossicità dipendente dalle loro elevate reattività e mobilità unite alla piccola dimensione.¹⁷³

L'aspetto critico è che l'applicazione del principio di precauzione -che ha trovato e continua a trovare terreno fertile in molteplici ambiti, tra cui quello, appunto, delle nano-tecnologie- porta con sé seri limiti e problematiche che non possono essere tralasciati. Il proposito di questo articolo è quello di suggerire, dopo aver analizzato il principio di precauzione in tutte le sue sfaccettature ed averlo confrontato con i due approcci giuridici alternativi generalmente considerati ed applicati da dottrina e giurisprudenza, una terza via presentata alcune decadi fa da Calabresi e Klevorich ma mai presa seriamente in considerazione come strumento migliore per mediare tra l'importanza per l'innovazione tecnologica di avere continui stimoli e la necessità di tutelare gli esseri umani e l'ambiente.

I. LA CULTURA DELLA PRECAUZIONE

I.A. LA SOCIETÀ DEL RISCHIO

Nel 1986 il sociologo tedesco Ulrich Beck ha coniato il termine società mondiale del rischio -*risk society*- per dare una nuova caratterizzazione di una società fino ad allora definita come *industrial society*.¹⁷⁴ In quegli anni, la società industriale aveva raggiunto un tale livello di sviluppo che il problema sociale primario non era più rappresentato dalla distribuzione di risorse scarse ma dalla distribuzione del rischio o, meglio, dall'avere una gestione sistematica dei rischi introdotti dalla modernizzazione -incidenti

¹⁷² Nel commento a questo primo principio si legge: “Adequate lifecycle assessment of nanomaterials should be defined and the assessment conducted before commercialization. Adequate resources should be dedicated to discerning and using the safest possible feedstock, processes and products. The Precautionary Principle must be applied to nanotechnologies because scientific research to-date suggests that exposure to at least some nanomaterials, nanodevices, or the products of nanobiotechnology is likely to result in serious harm to human health and the environment”.

¹⁷³ Vedi, per esempio, A. NEL et al., *Toxic Potential of Materials at the Nanolevel*, 311 SCIENCE 622-27, 2006.

¹⁷⁴ U. BECK, *Risk Society: Towards a New Modernity*, Sage publications, London, Newbury Park, New Delhi (1992). (Tradotto dal tedesco *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Modern*, pubblicato nel 1986). Tradotto e pubblicato in Italia nel 2001, Asterios Editore, Trieste.

quali quello di Chernobil del 1986, Bhopal del 1984, Seveso del 1976, sono solo alcuni fra gli eventi che avevano evidenziato la fragilità della società e la sua sovraesposizione al rischio-.

Più in generale, tutte le decisioni compiute in nome del progresso -decisioni sull'energia atomica, sull'utilizzo della tecnologia genetica umana, delle nano-tecnologie, delle scienze informatiche, etc.- determinano conseguenze imprevedibili: la società mondiale del rischio è caratterizzata da scelte fatte con l'obiettivo di rendere prevedibili e controllabili queste conseguenze imprevedibili. Secondo la predizione di Beck, le persone avrebbero domandato una sempre maggiore politicizzazione e democratizzazione della scienza ed industria mondiali. La predizione era corretta: le più importanti questioni della società occidentale moderna sono incentrate sulla sicurezza e c'è un continuo sforzo nell'identificazione di nuovi rischi; la maggiore risposta al rischio è -ed è stata storicamente, soprattutto dopo la II Guerra Mondiale- in termini di schemi assicurativi e compensatori. Che cosa caratterizza, infatti, le società moderne? Primo, un crescente livello di compensazione dei danni, lo svilupparsi e rafforzarsi di una cultura legale ispirata al principio di *total justice* in base alla quale i diritti individuali vengono costantemente creati ed implementati.¹⁷⁵ Secondo, le società moderne hanno accresciuto, nel tempo, i propri margini di sicurezza¹⁷⁶ e, più aumenta la sicurezza, più gli esseri umani avvertono la minaccia dei rischi residuali.¹⁷⁷ Ciò spiega la crescente importanza assunta negli anni dal principio di precauzione.¹⁷⁸

I.B. IL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE: PREVENIRE È MEGLIO CHE CURARE

Sviluppatosi nelle ultime decadi, al seguito della crescente attenzione assunta dai rischi legati a eventi incerti, non quantificabili, spesso imprevedibili *ex ante* e, inoltre, potenzialmente catastrofici -quelli associati agli organismi geneticamente modificati o ai cambiamenti climatici, solo per citarne alcuni- il principio di precauzione ha avuto una notevole influenza nei sistemi giuridico nazionali e una presenza crescente in

¹⁷⁵ A tal proposito va considerata la crescente attenzione ricevuta negli ultimi anni dal problema della compensazione dei danni non patrimoniali alle vittime di incidenti.

¹⁷⁶ J. SIMON, *The State of Humanity*, Blackwell, Oxford (1995).

¹⁷⁷ Sul punto, F. FUREDI, *Culture of Fear. Risk-taking and the morality of low expectation*, Continuum, Londra (2002).

¹⁷⁸ J.C. HANEKAMP, *Hormesis in Precautionary Regulatory Culture: Models Preferences and the Advancement of Science*, Hum Exp Toxicol, Nov. 2007.

trattati e dichiarazioni internazionali.¹⁷⁹ Di tale principio non esiste una definizione universalmente accettata, ma, piuttosto, un'ampia varietà di formulazioni, che può essere trovata nella letteratura e nei sopra citati trattati e dichiarazioni internazionali. In generale, il principio di precauzione, *Vorsorgeprinzip*,¹⁸⁰ o, secondo la versione anglosassone, *Precautionary Principle*,¹⁸¹ si basa sull'idea che in caso di minaccia,

¹⁷⁹ Nell'ambito delle Nazioni Unite il principio è stato incluso nella *Rio Declaration on Environment and Development* del 1992 e nella *United Nations Framework Convention on Climate Change*. In seguito, è stato incorporato nel SPS Agreement del 1994, della World Trade Organization, *Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures* e nel Biosafety Protocol approvato a Montreal nel gennaio 2000. A livello comunitario, con la Comunicazione COM(2000) 1, del 2 febbraio 2000 la Commissione europea ha posto le fondamenta della futura policy comunitaria per l'applicazione del Principio.

¹⁸⁰ Il *Vorsorgeprinzip* -letteralmente 'principio del preoccuparsi prima'- ha le sue origini nella tradizione socio-politica tedesca caratterizzante il Socialismo Democratico Tedesco negli anni 30'. Nuovo vigore venne dato negli anni 70', per opera dei primi gruppi ambientalisti, sotto la spinta dell'emotività generata dalla scoperta di alcuni gravi problemi ambientali -uno fra tutti la catastrofe ecologica delle piogge acide che devastarono la foresta nera-. Infatti, prima che un concetto giuridico il *Vorsorgeprinzip* è stato un programma politico messo a punto dalla socialdemocrazia tedesca negli anni '70 con l'intento di fronteggiare i problemi ambientali mediante una rigorosa pianificazione di stampo dirigista che dava allo Stato il compito di predisporre un'azione normativa ed amministrativa per governare i sopra citati problemi. Questo programma portò, nel giro di pochi anni, a ridisegnare la legislazione sulla tutela dell'ambiente con l'emanazione nel 1974 della *BundesImmissionschutzgesetz* -legge che donava una connotazione preventiva alla disciplina delle immissioni derivanti da impianti industriali- cui seguì, nel 1976, la *BundesNaturschutzgesetz*. Questo intervento diretto delle autorità nella salvaguardia ambientale, anche in mancanza di prove scientifiche adeguate sull'esistenza di una correlazione fra una data causa e un determinato effetto ambientale, con gli anni è stato esteso fino ad includere anche la salvaguardia della salute degli uomini e degli animali. -*Vorsorge* significa monitorare in tempo i pericoli per la salute e l'ambiente, attuando una ricerca esaustiva e sistematica volta in particolare ad individuare le relazioni di causa-effetto e significa, inoltre, agire anche in assenza di una piena comprensione scientifica di tali relazioni-. Maggiori dettagli vengono forniti da M. RODI, *Public Environmental Law in Germany*, in R.J.H. SEERDEN, M.A. HELDWEG, K.R. DEKETELAERE, *Public Environmental Law in the European Law and United States: a Comparative Analysis*, The Hague, 2002, p.199-210.

¹⁸¹ Il passaggio che segnò il trapianto del concetto Tedesco nell'ambiente politico-culturale anglosassone, ebbe sede durante i negoziati che si svolsero fra i paesi partecipanti alle prime due conferenze internazionali sulla protezione ambientale del Mare del Nord -Germania, Gran Bretagna, Francia, Belgio, Olanda, Danimarca, Norvegia, Svezia-, negoziati che ebbero luogo a Brema nel 1984 e a Londra nel 1987. Nel documento finale adottato nella conferenza di Brema il *Vorsorge Prinzip* è stato recepito e tradotto come segue: "the environment is best protected against pollution through timely preventive measures". <<http://odin.dep.no/md/nsc/declaration/022001-990246/index-dok000-b-n-a.html>>. Nel documento finale adottato nella conferenza di Londra per la prima volta si fece riferimento all'aggettivo *precautionary* e venne introdotto e definito il c.d. "principle of precautionary action": "in order to protect the North Sea from possibly damaging effects of the most dangerous substances, a precautionary approach is necessary which may require action to control inputs of such substances even before a causal link has been established by absolutely clear scientific evidence". <<http://odin.dep.no/md/nsc/declaration/022001-990245/index-dok000-b-n-a.html>>. Questa idea è stata ribadita e confermata nei due successivi *North Sea Treaties*, quello di The Hague del 1990 e quello di Esbjerg del 1995.

reale o potenziale, all'integrità di beni fondamentali, come la salute o l'ambiente, è necessaria l'adozione o l'imposizione di determinate misure di cautela.¹⁸²

E' opinione diffusa collocare la nascita ufficiale del principio nel 1992, anno in cui si tenne a Rio de Janeiro la Conferenza delle Nazioni Unite sull'Ambiente e lo Sviluppo, l'*Earth Summit*, focalizzata sui grandi temi dell'ecologia. Nello specifico, nella Dichiarazione di Rio si legge: "*In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation*".¹⁸³

Da allora il principio di precauzione è stato riaffermato in molti accordi internazionali e il suo campo di applicazione, originariamente circoscritto all'ambiente, è stato esteso alla salute umana e alla tutela delle specie animali e vegetali.¹⁸⁴ A tal proposito, nella comunicazione della Commissione europea sul PP (EU, 2000) si legge: "*The precautionary principle applies where scientific evidence is insufficient, inconclusive or uncertain and preliminary scientific evaluation indicates that there are reasonable grounds for concern that the potentially dangerous effects on the environment, human, animal or plant health may be inconsistent with the high level of protection chosen by the EU*".¹⁸⁵

Sempre nel 2000, nel *Cartagena Protocol on Biosafety* è stato specificato che "*lack of scientific certainty due to insufficient relevant scientific information [...] shall not prevent the Party of import, in order to avoid or minimize such potential adverse*

¹⁸² Un'analisi del principio di precauzione si trova in UMBERTO IZZO, *La Precauzione nella Responsabilità Civile – Analisi di un concetto sul tema del danno da contagio per via trsfusionale*, Cedam 2004.

¹⁸³ Principle 15 of the Rio Declaration on Environment and Development (1992); <http://www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21/index.htm>.

¹⁸⁴ Tra i settori coinvolti ci sono quello dell'inquinamento atmosferico, dell'energia, degli organismi geneticamente modificati, delle emissioni di radiofrequenze, delle nano-tecnologie, della pesca, delle foreste, del commercio di specie in estinzione.

¹⁸⁵ Communication from the Commission of the European Communities on the Precautionary Principle, 2.2.2000; <http://europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/l32042.htm>

*effects, from taking a decision, as appropriate, with regard to the import of the living modified organism in question”.*¹⁸⁶

In generale, le varianti sopra esposte possono essere riassunte nell’idea: *better safe than sorry* o, altrimenti detto, meglio prevenire che curare. Questa idea appare, ad un primo sguardo, quasi banale e pienamente condivisibile. Tuttavia, basta osservare più nel dettaglio per capire che qualcosa non funziona e, precisamente, tutto cambia al cambiare dalla dimensione temporale, del momento in cui si effettuano le valutazioni.

Se una determinata situazione viene considerata *a posteriori*, dopo che il danno (evitabile grazie all’adozione di adeguate precauzioni) si è verificato, il principio di precauzione si impone con tutta la sua forza: si sa con certezza quali cautele si sarebbero potute adottare per evitare o limitare il danno ed è facile rimpiangerle. Ad esempio, chi non vorrebbe aver preso il treno o l’aereo, dopo essere stato vittima di un grave incidente automobilistico? Oppure, chi, ricevuta una diagnosi di tumore al polmone, non rimpiange il giorno in cui ha iniziato a fumare? Allo stesso modo, è facile, *ex post*, attribuire la responsabilità e stabilire il livello di precauzioni che sarebbe stato ottimale adottare. Tuttavia, nella realtà, si tratta sempre di decisioni che potenziali vittime e danneggiati devono prendere preventivamente, quando le informazioni sulle caratteristiche e sulla probabilità di un determinato rischio sono spesso inadeguate (ad esempio, si può sottostimare, per varie ragioni quali, ad esempio razionalità limitata ed asimmetrie informative, il rischio del fumo e degli incidenti stradali e sopravvalutare quello degli incidenti aerei così come quello degli incidenti chimici e nucleari), quando non tutti i pericoli sono già identificati.

Ex ante, cioè, si agisce in situazioni di incertezza scientifica, situazioni in cui il rischio è solamente ipotetico e non è, quindi, dimostrata, allo stato delle attuali conoscenze scientifiche, la sicura o anche solo probabile evoluzione del rischio in un pericolo effettivo.¹⁸⁷

Questo problema verrà trattato nel paragrafo successivo. Prima, occorre segnalarne un altro: le valutazioni non vengono fatte solo per decidere come agire ma, anche, a

¹⁸⁶ The Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity, Montreal 2000; <http://www.cbd.int/doc/legal/cartagena-protocol-en.pdf>

¹⁸⁷ A tal punto è importante distinguere tra *prevenzione*, limitazione di rischi oggettivi e provati, e *precauzione*, limitazione di rischi ipotetici o basati su indizi.

seguito del verificarsi di un incidente, su come si è agito (in termini di test, ricerca e analisi effettuate e livelli di precauzioni adottati). In questa seconda fase si ripropone il problema temporale: le informazioni da usare per giungere ad una decisione devono essere quelle disponibili *ex ante* -al momento dell'azione- oppure quelle emerse e rese disponibili *ex post* -a seguito dell'incidente-? Nel paragrafo III Calabresi e Klevorick saranno d'aiuto nel trovare la risposta.

I.C. IL LATO OSCURO DEL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE

Se inizialmente la motivazione alla base del principio di precauzione era quella di controbilanciare la riluttanza a prendere misure protettive, sia in termini ambientali che di salute pubblica, nei casi in cui non ci fosse una prova assoluta di danni causati da determinati prodotti o processi -avere un' *absolute proof of harm* equivale a domandare l'impossibile-, portato all'estremo, il principio di precauzione va nel senso di bloccare una determinata azione ogni qual volta è possibile identificarvi la presenza di un rischio per la salute, l'ambiente o entrambi e, dal momento che ogni azione implica sempre un qualche livello di incertezza -un' *absolute proof of safety* è, a sua volta, impossibile da ottenere-, il risultato è quello del mantenimento dello *status quo*, quindi, inazione e paralisi.¹⁸⁸ Inoltre, un approccio estremo porterebbe ad una regressione all'infinito: la precauzione dovrebbe essere applicata alla stessa applicazione del principio di precauzione e, dal momento che le conseguenze di tale applicazione non sono prevedibili e, cosa peggiore, possono essere dannose (il punto verrà chiarito nel paragrafo successivo), non si dovrebbe attuare alcuna misura precauzionale perché non sicura. In altre parole, la ricerca della sicurezza totale non può considerarsi desiderabile né attuabile per una società. A ciò va aggiunta un'ulteriore considerazione: anche l'inazione comporta dei rischi, rischi che potrebbero anche essere maggiori di quelli relativi all'azione; oltre al fatto che nessun'altra soluzione potrebbe essere trovata per determinati problemi pressanti, la mancanza di conoscenza di una particolare tecnologia lascia il mondo equipaggiato in modo inadeguato in caso diventi necessario un suo

¹⁸⁸ In termini strettamente scientifici, il fatto che il principio di precauzione non si basa sulla disponibilità di dati che provino la presenza di un rischio, ma sull'assenza di dati che assicurino il contrario, lo pone in contrasto con il metodo scientifico, o, più precisamente, con uno dei capisaldi del metodo scientifico: il criterio di falsificabilità introdotto da Karl Popper -questo criterio, dal tedesco *Fälschungsmöglichkeit*, demarca l'ambito delle teorie controllabili, che pertiene alla scienza-. Nello specifico, il problema riguarda la difficoltà di identificare con chiarezza la quantità di dati necessaria a dimostrare l'assenza di rischio, soprattutto alla luce dell'impossibilità della scienza di dare certezze ultimative e definitive.

immediato utilizzo futuro. Infine, come ricordato da Becks, in una recente intervista¹⁸⁹, “la paura crea la sua propria realtà” o, in altre parole, la sicurezza, e come essa viene percepita, ha un carattere molto soggettivo e facilmente influenzabile -dai mezzi di diffusione di massa, dagli esperti, dalle proprie vicende personali- e in uno scenario del genere qualsiasi intervento “estremo” non è consigliabile.

Riassumendo le criticità della versione forte (scegliere l'inazione quando non c'è certezza che l'azione non causi alcun danno):

- La tecnologia o il progetto proposti vengono immaginati principalmente nello scenario peggiore, *worst-cases scenario* -ogni rilascio di sostanze chimiche nell'ambiente potrebbe iniziare una catena di eventi verso il disastro; organismi geneticamente modificati potrebbero causare problemi seri, inaspettati, irreversibili- e si assume che “l'astenersi dall'agire” non abbia conseguenze negative.
- Vengono ignorati i così detti *background risks*, si distrae, cioè, l'attenzione da pericoli alla salute e all'ambiente già esistenti: la natura in sé conduce a rischi quali epidemie, carestie, distruzioni ambientali. Il focus su danni tecnologici che potrebbero accadere in futuro porta ad ignorare rischi naturali attualmente presenti.
- Si ignorano i benefici potenziali di una determinata tecnologia e non si considera che i rischi creati dalla così detta *technological stagnation* sono reali almeno quanto quelli generati dallo sviluppo tecnologico. Il biochimico Bruce Ames dell'UCLA ha dimostrato che l'esposizione ai così detti *natural chemicals* è dannosa quanto quella ai *sintetic chemicals* ma la paura e l'attenzioni sono quasi esclusivamente rivolte ai secondi.

Si deve scegliere, quindi, una modalità d'intervento diversa. Come scriveva Beck nel 2003: “Questo paesaggio globale dell'insicurezza ci costringe a ripensare la nostra posizione rispetto al rischio e al futuro che oggi prepariamo. Non c'è un ‘rischio zero’. Ciò di cui abbiamo bisogno è una *cultura dell'insicurezza*, che rompa con il tabù della cultura della sicurezza. [...] la cultura dell'insicurezza è consapevole che il permanere della sicurezza è altamente rischioso, poiché minaccia la libertà e la capacità di riforma

¹⁸⁹ Intervista rilasciata alla rivista francese Philosophie Magazine il 11/06/2008.

e di innovazione”. L’idea di fondo è che bisogna puntare a un livello di insicurezza tollerabile, quindi, alla versione forte del principio di precauzione va preferita la sua versione debole: la mancanza di una piena certezza non è una giustificazione per prevenire un’azione che potrebbe essere dannosa. In concreto va scelta la meno rischiosa fra le alternative disponibili.¹⁹⁰ Data l’impossibilità di eliminare completamente i rischi dalla vita individuale o sociale, gli sforzi vanno concentrati sulla riduzione dei molteplici pericoli individuali e collettivi.

Nelle linee guida sui criteri per l’applicazione del principio di precauzione fornite dalla Commissione Europea, con la Comunicazione del 2 febbraio 2000 (COM/2000/01), si legge che le misure basate sul principio di precauzione dovrebbero essere, tra l’altro:

- a. proporzionali rispetto al livello prescelto di protezione;
- b. non discriminatorie nella loro applicazione;
- c. coerenti con misure analoghe già adottate;
- d. basate su un esame dei potenziali vantaggi e oneri dell’azione o dell’inazione (compresa, ove ciò sia possibile e adeguato, un’analisi economica costi/benefici);
- e. soggette a revisione, alla luce dei nuovi dati scientifici;
- f. in grado di attribuire la responsabilità per la produzione delle prove scientifiche necessarie per una più completa valutazione del rischio.

Va sottolineato come, in termini di proporzionalità, la Commissione abbia espresso la consapevolezza che il rischio può essere raramente ridotto a zero e, viceversa, come una valutazione incompleta del rischio può ridurre notevolmente l’ambito delle opzioni possibili per coloro che debbono gestirlo. Non sempre un divieto totale può essere una risposta proporzionale al rischio potenziale.

I.D. ALCUNE APPLICAZIONI

Alcuni esempi permettono di chiarire le problematiche connesse ad un utilizzo non ponderato del principio di precauzione.

¹⁹⁰ Nel *The Precautionary Principle in Action: a Handbook* (<http://www.biotech-info.net/handbook.pdf>) sono elencate cinque componenti che caratterizzano l’approccio debole:

- taking precautionary action before scientific certainty of cause and effect;
- setting goals;
- seeking out and evaluating alternatives;
- shifting burdens of proof;
- developing more democratic and thorough decision-making criteria and methods.

- a) *EFTA Surveillance Authority v. Norway*. Il governo norvegese ha utilizzato il principio di precauzione per bandire l'importazione dalla Danimarca dei cornflakes della Kellogg's arricchiti con vitamine e ferro sottolineando che “*fortified products would, in general, create a risk for public health*” (non era necessario verificare se gli additivi aggiunti ai cornflakes creassero tale rischio) e che “*the fortification in question might be a health hazard when eaten in uncontrollable and unforeseen amounts*”.¹⁹¹ Per la precisione, il governo norvegese, ritenendo che i rischi maggiori per la salute fossero legati all'aggiunta di ferro nei cereali piuttosto che delle altre vitamine, ha limitato la valutazione dei rischi a tale minerale e ha concluso che l'attuazione di misure precauzionali era ragionevole in quanto “*the casual relation between iron level in the body and certain diseases was not known*”.¹⁹² Chiamata a decidere sul caso, la corte di giustizia degli stati membri della European Free Trade Association (EFTA) ha concluso che tale divieto d'importazione andava considerato in quanto ingiustificata restrizione al commercio.¹⁹³ La corte ha sottolineato che nell'applicare il principio di precauzione andavano, prima di tutto, identificate le possibili conseguenze negative sulla salute umana per poi effettuare una precisa valutazione del rischio per la salute basata sulla più recente informazione e ricerca scientifica. Inoltre ha aggiunto che il principio di precauzione non può giustificare l'adozione di decisioni arbitrarie e che il perseguimento dell'obiettivo “rischio zero” può essere giustificato solo in casi eccezionali. Nel caso concreto, le azioni e misure prese dal governo Norvegese, erano inconsistenti e non basate su un esaustivo *risk assessment*.
- b) *Leatch v. Director-General of National Parks and Wildlife Service*. Una corte australiana ha proibito che la città di Shoalhaven costruisse una strada di collegamento alla superstrada ed un ponte, collegamenti dei quali c'era grande necessità, per un possibile effetto dannoso su alcune specie di animali protette tra cui rane -le giant burrowing frog- e marsupiali -i yellow bellied glider-.¹⁹⁴ Il problema era che queste specie protette non erano mai state vista nel raggio di chilometri, solo qualche volta si era sentito il loro richiamo nelle vicinanze e l'impatto dannoso -una eventuale loro estinzione- era stato solo ipotizzato ma non erano stati fatti particolari studi a riguardo.

¹⁹¹ Case E-3/00, *EFTA Surveillance Authority v. Norway* (2000-2001), *Report of the EFTA Court*, par. 5.

¹⁹² Case E-3/00, *EFTA Surveillance Authority v. Norway* (2000-2001), *Report of the EFTA Court* par. 7.

¹⁹³ Case E-3/00, *EFTA Surveillance Authority v. Norway* (2000-2001), *Report of the EFTA Court* par. 8.

¹⁹⁴ *Leatch v. Director General of National Parks and Wildlife Service* (1993).

In Australia va sì rispettato e seguito l'Endangered Species Act che stabilisce, fra i suoi obiettivi “*to apply a precautionary approach to assess the risk of environmental harm*”¹⁹⁵, ma tale applicazione richiede la presenza di dati e risultati scientifici oggettivi -mancanti nel caso in esame-.

Un'applicazione sconsiderata del principio di precauzione può, quindi, essere dannosa per l'economia di una società. Ma non basta. Per mezzo di altri esempi -il caso della mucca pazza, quello del DDT, quello della clorazione dell'acqua e un caso relativo a rifiuti tossici- risulterà chiaro il fatto che sostituendo il “dubbio” con una “presunta certezza” si rischia di danneggiare, con effetti devastanti, ciò che si vorrebbe, invece, proteggere.

c) *Encefalopatia Spongiforme Bovina*. La gente è convinta che l'epidemia della mucca pazza si sia diffusa a causa dell'alimentazione a base di proteine animali cui erano sottoposte le vacche. In realtà, il mangime ricco di proteine non è dannoso e viene utilizzato da lunga data. Il morbo si è diffuso quando il metodo tradizionale per ottenere gli integratori animali è stato abbandonato a favore di un altro, ritenuto meno pericoloso. Più precisamente, in precedenza, per eliminare acqua e grasso, gli scarti animali venivano riscaldati alla temperatura di 130 °C e poi trattati con il diclorometano, un solvente dei grassi. Il mangime che si otteneva era sano, cioè non contaminato dal prione -la molecola responsabile dell'encefalopatia spongiforme bovina (BSE)- in quanto esso veniva distrutto dal procedimento in uso. Sennonché alcuni ambientalisti avviarono una lotta al diclorometano per due ragioni fondamentali. La prima era che le sue molecole erano ritenute responsabili, insieme ai clorofluorocarburi (CFC), della distruzione dell'ozono in quanto entrambi contengono atomi di cloro legati ad atomi di carbonio. Siccome i CFC sono ritenuti i massimi responsabili del cosiddetto “buco dell'ozono”, la stessa minaccia sarebbe dovuta esistere per il solvente dei grassi. Il secondo motivo era legato al fatto che in una pubblicazione scientifica si leggeva come alcuni topi esposti al diclorometano avessero contratto il tumore, ma, il dato era riportato da quella singola pubblicazione e, inoltre, si trattava di topi geneticamente modificati proprio al fine di renderli predisposti alla malattia. A seguito della pressione degli ambientalisti le imprese britanniche vennero

¹⁹⁵ *Environment Protection Act 1993 (SA)*, §10(1)(b)(iv).

indotte ad adottare un diverso procedimento per ottenere farine animali, che non utilizzasse diclorometano e con temperature di lavorazione di soli 80 °C. Il risultato fu che con il nuovo metodo il prione rimase intatto e si trasmise dal mangime alle vacche. Oggi si sa che il diclorometano, oltre a non essere cancerogeno, si ossida e si decompone all'aria, per azione della luce e dell'ossigeno, senza arrecare danno all'ozono. Cosa concludere? Che il morbo della “mucca pazza” è nato proprio da un uso scorretto del principio di precauzione. A ciò vanno aggiunti gli ingenti danni causati nella circostanza, all'economia britannica. Al fine di limitare il rischio di trasmissivo,ne della BSE, la Commissione Europea decise, infatti, di bandire la carne bovina proveniente dal Regno Unito e la Corte di Giustizia Europea stabilì che questa decisione era giustificata: “[...] in considerazione della gravità del rischio e dell'urgenza della situazione e tenendo conto dell'obiettivo della decisione; la Commissione non ha agito in modo inappropriato adottando la decisione, su base temporanea ed in attesa di informazioni scientifiche più dettagliate. Laddove sia incerta l'esistenza o l'entità dei rischi per la salute umana, la Commissione può adottare misure di protezione senza dover aspettare che venga accertata la realtà o la gravità di tali rischi.”¹⁹⁶ Il provvedimento danneggiò non solo le esportazioni ma, contemporaneamente, l'intero settore produttivo e commerciale della carne bovina, modificando gli orientamenti dei consumatori di carne e tutto ciò in assenza di alcuna certezza scientifica.¹⁹⁷

d) *Il caso del DDT.* Il DDT (diclorodifeniltricloroetano) è una molecola molto resistente che permane a lungo nell'ambiente conservando intatta la sua efficacia, ciò la rende efficace anche contro i parassiti più resistenti. Introdotto in commercio nel 1942, venne impiegato subito con successo per scongiurare epidemie di tifo -per esempio quella di Napoli nel 1944- e in campagne di controllo della malaria. Nonostante i risultati positivi derivanti dal suo impiego, fin dalla sua introduzione in commercio il DDT suscitò la perplessità di numerosi scienziati che paventarono forti rischi per la salute umana e per l'equilibrio dell'ecosistema: alcune ricerche evidenziarono residui di DDT presenti nella maggior parte degli alimenti tra gli anni Cinquanta e Settanta -ma questo per l'uso massiccio ed indiscriminato che ne era stato fatto in agricoltura- e sue

¹⁹⁶ Court of Justice, Cause C-157/96 e C-180/96.

¹⁹⁷ Questa tesi era già stata presentata nel maggio 1996 da John Emsley quando la BSE era in pieno ciclone mediatico: <http://www.independent.co.uk/news/science/wrongful-conviction-that-could-cost-lives-1348364.html>.

concentrazioni nel tessuto adiposo umano. Per questa presunta e, comunque, non scientificamente dimostrata connessione con gravi malattie, tra cui il cancro ai polmoni, e per il timore di catastrofi ambientali, il DDT fu bandito nel 1970 dalla Svizzera e nel 1972 dagli Stati Uniti e dalla gran parte dei paesi industrializzati e non. Ciò portò ad un risveglio della malaria in vari paesi, tra cui il Sud Africa e lo Sri Lanka, dove, fino ad allora, il contagio era stato tenuto sotto controllo proprio grazie all'uso del pesticida - basti pensare che a Ceylon nel 1948 si sono registrati 2 milioni di casi di malaria che nel 1962, grazie all'uso del DDT si erano ridotti a 31-. L'applicazione del principio di precauzione ha trasformato un pericolo teorico per la salute dell'uomo che abita nei Paesi industrializzati in un reale danno per gli abitanti del Terzo Mondo. Nel 2000 paesi come il Sud Africa e l'India sono tornati al DDT e hanno visto regredire le proprie epidemie.¹⁹⁸

e) *Il caso della clorazione delle acque.* La clorazione è scientificamente considerato il metodo più efficace e, contemporaneamente, di semplice applicazione per la purificazione batteriologica dell'acqua da destinare al consumo umano: basta una piccola quantità di ipoclorito per eliminare dall'acqua i germi patogeni. La disinfezione porta, però, alla formazione di sottoprodotti -a causa della reazione del cloro con il carbonio organico naturalmente presente nelle acque-. Tra questi, i trialometani (THM3)¹⁹⁹ furono tra i primi ad essere stati scoperti e furono sospettati non solo di creare danni al fegato, ai reni e al sistema nervoso centrale ma anche di essere cancerogeni. Dalla notizia che la clorazione avrebbe potuto, presumibilmente, produrre composti organoclorurati che, sempre probabilmente, avrebbero potuto favorire l'insorgere di patologie cancerogene e mutagene -il dubbio era nato a seguito di studi di laboratorio su animali, tuttavia in tali studi gli animali erano stati sottoposti a dosi largamente superiori a quelle realistiche-, prese il via una campagna di sensibilizzazione su tale rischio, trasformato dai media in pericolo. Va detto che sia l'Agenzia Internazionale per la Ricerca sul Cancro (IARC) che l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) avevano pubblicato, nel 1991, un rapporto in cui affermavano che non vi erano prove certe che giustificassero questo allarme e, in ogni

¹⁹⁸ *FAQs on DDT use for disease vector control*, World Health Organization, 2005. <http://www.who.int/malaria/docs/FAQonDDT.pdf>. *Environmental Health Criteria – DDT and its Derivatives*, World Health Organization, 1979, 1989. <http://www.who.int/ipcs/publications/ehc/ehcnumerical/en/index.html>.

¹⁹⁹ THM3: triclorometano; bromodichlorometano; tribromometano; dibromoclorometano, etc.

caso, il rischio andava confrontato con quello derivante dal bere l'acqua non trattata. La campagna di sensibilizzazione ebbe i suoi effetti, il governo peruviano, ad esempio, decise di non seguire l'invito dell'ente mondiale della sanità alla clorazione dell'acqua potabile ma di applicare il principio di precauzione nella sua versione rigida: in assenza di certezza sul fatto che l'uso del cloro non causasse patologie, fece interrompere la disinfezione dell'acqua. Ne seguì un'epidemia di colera che dal 1991 al 1996 colpì un milione di persone uccidendone diecimila. Va aggiunto che in quegli anni proprio la IARC raccomandava la clorazione degli acquedotti.

f) *Un caso sui rifiuti tossici.*²⁰⁰ A metà degli anni '90 si decise di intervenire in stato di emergenza ambientale in un sito contaminato italiano dove erano abbandonati oltre 50.000 metri cubi di rifiuti tossici liquidi e altamente infiammabili e venne preparato il progetto preliminare per la bonifica: per il tipo di sostanze presenti - solventi aromatici e clorurati prevalenti- la soluzione ottimale indicata era la termodistruzione. Per gestire la crisi venne presa in considerazione la possibilità di installare in prossimità del sito un impianto mobile, che, rispetto all'utilizzo di inceneritori fissi ubicati molto distanti dal sito, non solo avrebbe avuto un costo nettamente inferiore ma, inoltre, avrebbe permesso di evitare il rischio connesso al trasporto su strada delle sostanze pericolose su direttrici ad alta densità di traffico veicolare. A seguito di questa proposta, gruppi di pressione locali diffusero l'idea che la distruzione termica con un impianto di trattamento sul posto avrebbe causato una nube tossica con effetti catastrofici sulla salute pubblica locale. Questo dubbio era rafforzato dalla constatazione che l'uso degli inceneritori mobili era ancora poco diffuso e che, in Italia, si sarebbe trattato del primo esempio, per cui veniva a mancare la certezza assoluta della sicurezza della tecnica di tali impianti. Il risultato fu che gli amministratori locali decisero che i rifiuti andavano smaltiti fuori dal sito *-off site-*: le sostanze tossiche furono in parte smaltite in Germania ma, in gran parte, incenerite in un impianto di servizio ad un'industria chimica distante oltre 250 chilometri dal sito. Un paio di anni dopo, la magistratura aprì un'inchiesta perché tale impianto, benché autorizzato, era risultato non idoneo a incenerire quel tipo di sostanze, producendo come residui di combustione diossine ed altri composti organici, energici cancerogeni e

²⁰⁰ Si veda video «Sito OMAR - Emergenza ambientale», [http:// www.corradotumaini.com/blog/media/](http://www.corradotumaini.com/blog/media/).

mutageni. Quanto alle ricadute sulla salute della popolazione residente nell'intorno dell'inceneritore fisso, a oggi non sono ancora quantificabili.

Cosa accomuna i casi sopra riportati?²⁰¹ La manifesta assenza di un'adeguata analisi del rischio, di un'analisi costi-benefici. Chiarito ciò, va detto che già dal 1994, alcune corti hanno iniziato ad esprimere dubbi sulla validità dell'utilizzo del principio di precauzione come strumento giuridico. Una corte australiana, la Land and Environment Court del New South Wales, chiamata a decidere in un caso simile al caso *Leitch*, sottolineò le difficoltà connesse all'applicazione del principio di precauzione ed il rischio di una sua impraticabilità: *"the statement of the precautionary principle, while it may be framed appropriately for the purpose of a political aspiration, in its implementation as a legal standard could have the potential to create interminable forensic argument. Taken literally in practice it might prove to be unworkable"* e continuò "[...] *scientific certainty is essentially impossible*".²⁰² Una corte inglese dopo aver sottolineato l'assenza di una precisa definizione del principio, trovò *"quite remarkable the proposition that each state should be obliged to act alone on the basis of so general a statement of objectives and considerations"*.²⁰³

II. LE NANO-TECNOLOGIE: TRA OPPORTUNITÀ E PRECAUZIONI

II.A. DETTAGLI TECNICI

Il mondo delle nano-tecnologie è quello compreso tra 1 e 100 nano-metri²⁰⁴. Sono "nano-prodotti" materiali o dispositivi nei quali vi è almeno un componente funzionale con dimensioni inferiori a 100 nm. Non esiste ancora una definizione universalmente accettata di nano-tecnologia, ma ve ne sono diverse simili tra loro.²⁰⁵ In generale, per

²⁰¹ Altri esempi si possono trovare sul sito: http://www.cosediscienza.it/varie/17_principio%20di%20precauzione.htm.

²⁰² *Jeffrey Nicholls v. Director General of National Parks and Wildlife Service* (1994).

²⁰³ *R. v. Secretary of State for Foreign Affairs ex p the World Development Movement* (1994).

²⁰⁴ Un nano-metro (nm) equivale ad un milionesimo di metro. Per capire: un capello umano ha un diametro di circa centomila nano-metri.

²⁰⁵ Secondo la definizione data nel 2004 dal Royal Society & The Royal Academy of Engineering (UK): *"Nanoscience is the study of phenomena and manipulation of materials at atomic, molecular and macromolecular scales, where properties differ significantly from those at a larger scale"* e *"Nanotechnology is the design, characterisation, production and application of structures, devices and systems by controlling shape and size at nanometre scale"*.

Analoga è la definizione data nel 2000 nell'ambito della National Nanotechnology Initiative (NNI) USA: *"Nanotechnology is the understanding and control of matter at dimensions of roughly 1 to 100*

nano-tecnologia si intende la capacità di “osservare, misurare e manipolare la materia su scala atomica e molecolare”.

Negli ultimi due decenni in particolare, la ricerca sulle nano-tecnologie ha conquistato un ruolo predominante nell’ambito del dibattito scientifico. I nano-materiali attualmente utilizzati sono costituiti da elementi organici quali oro, argento, titanio e carbone, ma funzionano in modo diverso rispetto a materiali più grandi costituiti dagli stessi elementi. Il fatto che a livelli nano-metrici comportamenti e caratteristiche della materia cambino drasticamente fa sì che le nano-tecnologie rappresentino un modo radicalmente nuovo di produrre per ottenere materiali, strutture e dispositivi con proprietà e funzionalità grandemente migliorate o del tutto nuove. Il numero dei prodotti riconducibili all’utilizzo delle nano-tecnologie già disponibili sul mercato o in procinto di esserlo cresce costantemente e le applicazioni potenziali delle nano-tecnologie sono letteralmente infinite coprendo settori cruciali quali l’elettronica, la farmaceutica, i processi chimici e l’aerospazio. Fra le tante applicazioni: nano-particelle per cosmetici o per rivestimenti e vernici, tessuti tecnici e abbigliamento, articoli sportivi, ma anche nano-compositi, “hard disks” con superfici nano-strutturate per registrazione dati ad altissima densità, “chips” di memoria con dimensioni inferiori a 100 nm, dispositivi fotonici, superfici autopulenti, materiali avanzati per i sistemi di trasporto. Inoltre, le nano-tecnologie promettono di rivoluzionare letteralmente la pratica medica mettendo a disposizione nuovi e più efficaci strumenti diagnostici e sistemi di cura innovativi, che possono favorire l’introduzione di terapie personalizzate; sistemi avanzati per la somministrazione mirata di farmaci, protesi mediche più resistenti e con migliorata biocompatibilità, sistemi per diagnostica medica basati, per esempio, sul principio “lab-on-a-chip” (laboratori miniaturizzati). In termini ambientali di potrebbero sviluppare processi produttivi più efficienti, meno inquinanti, con minor consumo di materie prime; realizzare nuovi sistemi energetici e nuovi e migliori sistemi di produzione e stoccaggio dell’energia -ad esempio parabrezza con rivestimenti a

nanometres, where unique phenomena enable novel applications [...]At this level, the physical, chemical, and biological properties of materials differ in fundamental and valuable ways from the properties of individual atoms and molecules or bulk matter”.

nano-particelle permetterebbero di climatizzare le auto riflettendo, in misura maggiore o minore, la luce ed il calore mediante un controllo elettronico-²⁰⁶

Il rovescio della medaglia è rappresentato dal fatto che i distintivi attributi funzionali legati alla dimensione di tali tecnologie possono tradursi in gravi rischi per la salute.²⁰⁷

Le dimensioni estremamente piccole potrebbero consentire ai nano-materiali di oltrepassare le barriere protettive del corpo umano e insediarsi in organi quali il cervello e i polmoni, danneggiandoli irreversibilmente. Tuttavia, la possibilità di rischi alla salute e all'ambiente è, appunto, una possibilità e gli studi effettuati in merito hanno portato a risultati non uniformi. Ben Harder, citando i risultati di alcuni dei primi studi effettuati sulle nano-particelle, sottolinea come se, da un lato è vero, che queste possono essere pericolose, ad esempio passare dai polmoni al sangue una volta inalate, dall'altro, la ricerca si è focalizzata su effetti di breve periodo e non sono disponibili test per verificare un'eventuale tossicità di tipo cronico.²⁰⁸ La domanda che si pone è quale principio giuridico serve meglio lo scopo di affrontare questa sfida nano-tecnologica. Di seguito si suggerisce la risposta, una terza via da percorrere.

II.B. DUE POSIZIONI DI CONFINE

Va ricordato, *in limine*, che non c'è unanimità di vedute sulla necessità/opportunità di ricondurre le nano-tecnologie ed i prodotti nano-tecnologici nel frame work del principio di precauzione. Se, infatti, alcuni studiosi e agenzie non governative hanno chiesto una moratoria sull'utilizzo dei prodotti nano-tecnologici fino al momento in cui i produttori non siano in grado di dimostrare il loro status *risk-free* (in altre parole, hanno richiesto un'applicazione del principio di precauzione nella sua versione forte nei confronti di tali prodotti)²⁰⁹, altri osservatori, sottolineando la mancanza di basi

²⁰⁶ Maggiori dettagli si trovano nell' *European Strategic Research Agenda on Nanomedicine* disponibile al sito ftp://ftp.cordis.europa.eu/pub/nanotechnology/docs/nano_brochure_it.pdf.

²⁰⁷ Per ulteriori dettagli vedi J. C. DAVIES, *Managing the Effects of Nanotechnology*, Project on Emerging Nanotechnologies, Woodrow Wilson Int'l Ctr. for Scholars, Jan. 2006, <http://www.wilsoncenter.org/events/docs/Effectsnanotechfinal.pdf>; THE ROYAL SOC'Y & THE ROYAL ACAD. OF ENG'G, *Nanoscience and Nanotechnologies: Opportunities and Uncertainties 5*, 2004, disponibile sul sito <http://www.nanotec.org.uk/report/Nano%20report%202004%20fin.pdf>.

²⁰⁸ B. HARDER, *Particles Enter the Nervous System Via The Nose -- Conduit to the Brain*, SCI. NEWS, Gennaio 2004; R. A. DENISON, *Environmental and Safety Impacts of Nanotechnology: What Research is Needed?*, Hearing Before the H. Comm. on Science, 109th Cong. 1 (2005).

²⁰⁹ Tra gli altri G. MARCHANT et al., *Nanotechnology Regulation: The United States Approach*, in *New Global Frontiers in Regulation: The Age of Nanotechnology*, 201-02, Graeme Hodge ed., 2007; NanoAction, *Principles for the Oversight of Nanotechnologies and Nanomaterials* (2008),

sufficienti per regolare i rischi legati alle nano-tecnologie, hanno, da un lato, posto l'enfasi sull'importanza degli ampi benefici commerciali ad esse riconducibili e, dall'altro, argomentato contro l'applicazione di un approccio precauzionario alle nano-tecnologie.

Queste due posizioni sono entrambe troppo estreme. Come recentemente osservato da David Dana: *“There are sound theoretical reasons to believe that, absent some commitment to precautionary action, insufficient attention will be paid to the downsides from nanotechnology products. For social welfare as well as pragmatic political reasons, however, the precautionary focus with regard to nanotechnology products should be consistent with a less demanding, more flexible precautionary-study principle. The credible risk posed by most nanotechnology products is not qualitatively great enough – and our scientific abilities to fully evaluate the risks in a reasonable time frame are too limited – to justify a blanket moratorium approach”*.²¹⁰

A questo punto è chiara la necessità di una terza via da percorrere e, quindi, di capire quale ruolo può essere svolto dalla responsabilità civile per incentivare lo studio e l'analisi dei nuovi prodotti da introdurre sul mercato -tra i quali le nano-tecnologie ricoprono attualmente un ruolo cruciale- e dei loro effetti in termini di salute ed ambiente. Occorre, in altre parole, comprendere e valutare il ruolo giocato dalla responsabilità civile in termini di incentivi o deterrenza. Prima di tutto, va considerato che lo sforzo del produttore nell'effettuare studi, test, analisi sul prodotto e sui suoi possibili effetti avversi, è proporzionale alla probabilità da lui soggettivamente assegnata alla circostanza che, in mancanza di tale ricerca, le ingiurie causate dal suo prodotto vengano scoperte dalla parte danneggiata ed attribuite al suo prodotto. A ciò va aggiunto la scelta se rendere il produttore responsabile solo per i rischi che avrebbe dovuto ragionevolmente conoscere al momento dell'introduzione del prodotto sul mercato o anche per i rischi che non avrebbe potuto ragionevolmente prevedere.

<http://nanoaction.org/nanoaction/doc/nano-02-18-08.pdf>; Friends of the Earth, *Nanomaterials, Sunscreens, and Cosmetics: Small Ingredients Big Risks* (2006), <http://www.foeeurope.org/activities/nanotechnology/nanocosmetics.pdf>.

²¹⁰ D.A. DANA, *op cit*.

III. VERSO LA TERZA VIA

III.A. IL PRINCIPIO DI PRO-AZIONE

Come punto di vista opposto al principio di precauzione è stato sviluppato il principio di pro-azione, un principio etico formulato come parte della filosofia estropica, basato sull'idea che le conseguenze di azioni in sistemi complessi sono spesso imprevedibili e irreversibili. Questo principio è stato formulato a difesa della libertà di sperimentare, innovare e progredire in base all'osservazione che, storicamente, le innovazioni tecnologiche più importanti, e le loro conseguenze, non erano ben comprese al momento della loro invenzione. Tutto ciò implica che vari imperativi devono essere posti e rispettati quando si propongono misure restrittive: valutare i rischi e le opportunità in accordo con la conoscenza disponibile e non in base alla percezione popolare; contabilizzare sia i costi delle restrizioni stesse che quelli delle opportunità perdute; dare un peso maggiore a benefici certi per la salute e l'ambiente rispetto a rischi ipotetici; trattare i rischi tecnologici alla stregua di quelli naturali piuttosto che sotto stimare secondi e sovra stimare i primi. "Being proactive involves not only anticipating *before* acting, but learning *by* acting". E' proprio in questo frame work che si inserisce la terza via, approccio che verrà a breve presentato.

III.B. DA UN APPROCCIO *EX ANTE* AD UNO *EX POST*

In collaborazione con Klevorick, Guido Calabresi ha esteso la sua precedente analisi delle regole di *negligence* e *strict liability* introducendo la variabile temporale. In altre parole, nel nuovo approccio da loro proposto, la responsabilità si basa sull'identificazione dell'esistenza di un difetto non più al momento della messa in commercio di un determinato prodotto ma al momento in cui il trial ha luogo. Gli autori mettono a confronto un sistema di responsabilità basato sulla determinazione dell'irragionevolezza di un determinato comportamento -analisi rischi-benefici effettuata *ex ante* applicando la Learned Hand Formula- con due diversi tipi di responsabilità senza colpa: responsabilità oggettiva, da un lato, un'analisi rischi benefici effettuata *ex post*, dall'altro.²¹¹ Per chiarire: il test *ex post* si differenzia da

²¹¹ Va considerato che l'articolo è stato pubblicato da Calabresi e Klevorick nel 1985, periodo storico caratterizzato da una crescente incertezza scientifica sui rischi alla salute e all'ambiente -rischi legati, per

quello tradizionale *ex ante* dal momento che esso viene effettuato al seguito del verificarsi di un incidente e non è incentrato sulla ragionevolezza del comportamento tenuto *ex ante* dal danneggiante quanto sul fatto se tale comportamento risulta essere corretto col senno di poi.

III.C. LEARNED HAND TEST *EX POST*

La perdita resta sulla vittima a meno che, dopo l'incidente, da un'analisi costi benefici, non risulta che il costo che il danneggiante avrebbe dovuto sostenere per evitare l'incidente è inferiore al costo dell'incidente stesso. Alcune precisazioni. Prima di tutto, ciò che il danneggiante conosceva o avrebbe dovuto conoscere al momento in cui ha agito è irrilevante, questo non è un test basato sulla colpa. Secondo, come nel caso del tradizionale test effettuato per verificare l'esistenza di negligenza da parte del danneggiante, una decisione va presa (da parte di un soggetto terzo che può essere una corte, una giuria, un'agenzia amministrativa) riguardo al fatto se la sicurezza ha senso o è troppo costosa, se vale la pena o meno assumere determinati rischi. La differenza è che le informazioni e i fatti presi in considerazione per effettuare il bilanciamento non sono quelli disponibili (o che sarebbero dovuti esserlo) al danneggiante nel momento in cui ha deciso di agire in un determinato modo ma, piuttosto, tutti quelli venuti alla luce da quel momento in poi. Un soggetto viene, quindi, ritenuto responsabile non perché avrebbe dovuto usare più precauzioni al momento in cui ha agito ma perché, a seguito dell'incidente, l'azione intrapresa risulta troppo costosa se confrontata con i rischi ad essa correlati.

Le componenti fondamentali del test sono due. Prima di tutto, perché un soggetto sia responsabile occorre che il suo comportamento, ragionevole in partenza, sia irragionevole sulla base dei nuovi dati emersi. Questa, tuttavia, è una condizione necessaria ma non sufficiente. Occorre, infatti, che le nuove informazioni dicano qualcosa sui rischi futuri di incidenti (il così detto *link causale*).

Alcuni esempi presi da Calabresi e Klevorick permettono di chiarire il funzionamento del Learned Hand test *ex post* e come esso differisca dai test di responsabilità

esempio, all'uso dell'amianto, all'avvelenamento da radiazioni, alla presenza di rifiuti tossici- e, di conseguenza, alla luce delle moderne problematiche il ragionamento risulta di estrema attualità.

oggettiva.²¹² Lo step successivo sarà quello di evidenziare i vantaggi e gli importanti limiti legati all'applicazione del Learned Hand test *ex post* per poi proporre un nuovo approccio -approccio diviso in due fasi- che sia più desiderabile in termini sociali.

Esempio 1. Marshall vende a Taney un rimedio per il mal di testa. Questo medicinale, a differenza di altri, ha un efficacia del 100% (ciò è importante per Taney in quanto è essenziale per lui che il mal di testa gli passi presto) ma causa gravi reazioni allergiche in un soggetto ogni 20 milioni. Nel foglietto illustrativo è chiaramente presentata questa possibilità e ciò è pienamente compreso da Taney. Se Taney assume il medicinale e risulta essere quel soggetto su 20 milioni che soffre della reazione allergica, ne deriva che, *ex post*, il medicinale è irragionevolmente rischioso per lui: sarebbe stato più conveniente assumere altri medicinali in quanto la probabilità che questi non facessero completamente passare il mal di testa era bassa e, in ogni caso, non paragonabile al rischio del verificarsi di questo, conosciuto, effetto collaterale. Cosa ci dice in questo caso il Learned Hand test *ex post* in base alla responsabilità di Marshall per il prodotto da lui commercializzato? La risposta è che a Marshall non può essere imputata alcuna responsabilità perché i fatti conosciuti dopo il verificarsi dell'incidente non permettono di cambiare la conoscenza o il giudizio di rischi futuri; in altri termini, la probabilità, che si aveva *ex ante*, che gli utilizzatori subissero pregiudizi è rimasta invariata. Dopo l'incidente, infatti, si sa che Taney è un soggetto allergico, ma questo non è di nessuna utilità nel guidare comportamenti futuri (eccetto per il fatto che Taney sa di non dover usare quel medicinale). In termini generali, il rischio era ragionevole al momento dell'introduzione sul mercato del prodotto e lo è ancora dopo l'incidente.

Esempio 2. Alcune possibili varianti dell'esempio precedente: dopo il verificarsi della reazione allergica di Taney a) si viene a sapere che determinate categorie di persone

²¹² LEARNED HAND EX ANTE. La perdita resta sulla vittima a meno che il danneggiante sapesse, o avesse dovuto sapere, al momento dell'azione, che adottare misure per evitare l'incidente sarebbe stato meno oneroso del costo dell'incidente stesso. LEARNED HAND EX POST. La perdita resta sulla vittima a meno che, date informazioni disponibili a seguito dell'incidente, risulta che adottare misure per evitare l'incidente sarebbe stato meno oneroso del costo dell'incidente stesso. RESPONSABILITÀ OGGETTIVA EX ANTE. La perdita resta sulla vittima a meno che il danneggiante non fosse nella posizione migliore, date le informazioni a sua disposizione nel momento dell'azione, per decidere se l'adozione di misure per evitare l'incidente sarebbe stato meno oneroso del costo dell'incidente stesso. RESPONSABILITÀ OGGETTIVA EX POST. La perdita resta sulla vittima a meno che il danneggiante non fosse nella posizione migliore, date le informazioni a sua disposizione a seguito dell'incidente, per decidere se l'adozione di misure per evitare l'incidente sarebbe stato meno oneroso del costo dell'incidente stesso.

sono caratterizzate da un'elevata probabilità di essere allergiche; b) si viene a conoscenza del fatto che un semplice test allergico, facilmente effettuabile prima di assumere il medicinale, poteva identificare i soggetti allergici; c) risulta chiaro che il rischio che un soggetto ogni 20 milioni possa sviluppare una reazione allergica è solo un segno evidente di un grave male nascosto che colpisce un numero elevato di utilizzatori del medicinale, la maggior parte dei quali, al contrario di Taney, non mostrano immediate reazioni allergiche ma nel corso del tempo si ammalano tutti. In questi tre scenari, i dati raccolti *ex post* modificano la probabilità che si verifichino incidenti e sono, quindi, utili per modificare i comportamenti futuri, per questo motivo il prodotto va considerato rischioso e, sebbene il produttore abbia agito ragionevolmente in un primo momento, è irragionevole per lui mantenere lo stesso comportamento in seguito: applicando il Learned Hand test *ex post*. Marshall è responsabile.

Mentre nel primo esempio a Marshall non viene imputata alcuna responsabilità e non è in discussione l'opportunità che egli continui a svolgere la sua attività, nel secondo prende man mano consistenza l'idea che questa possa/debba essere vietata. Cosa fa la differenza nell'ottica degli autori? Il fatto che, nel secondo esempio, a differenza del primo, le informazioni raccolte a seguito dell'incidente modificano la probabilità che si verifichino incidenti e risultano, quindi, utili per modificare i comportamenti futuri. Ma è davvero necessario che la probabilità del verificarsi di lesioni venga modificata perché si possa incidere sui comportamenti futuri? In altre parole, ulteriori ricerche e studi non potrebbero in ogni caso rendere un prodotto più sicuro e ridurre la percentuale di potenziali vittime -non potrebbe, per esempio, diminuire la probabilità del verificarsi di reazioni allergiche o essere determinato con più precisione il profilo delle probabili vittime-? Inoltre, non va dimenticato che esonerare il produttore da responsabilità, oltre che essere un freno per la ricerca, significa, inevitabilmente, lasciare il danno dove cade e, quindi, sulla vittima e questo pone non pochi interrogativi. I successivi esempi, oltre che a rendere più chiare tali problematiche, completano l'analisi introducendo i test di responsabilità oggettiva.

Esempio 3. Marshall, un medico, prescrive a Taney un medicinale per curare una grave infezione e al momento della prescrizione si sa che indesiderabili effetti collaterali possono manifestarsi, tra questi le vertigini in un paziente su dieci. Molti altri medici

rifiutavano di prescrivere il medicinale in quanto, in base alle conoscenze disponibili, ritenevano che la medicina non fosse maggiormente efficace di altri medicinali disponibili sul mercato e privi di effetti collaterali. Taney fa uso della medicina, prova un forte senso di vertigine e cade rovinosamente. Le fratture subite lo obbligano a letto e, quindi, lontano dal lavoro per un certo periodo. Tra il momento del danno e quello in cui il caso va in giudizio, si viene a conoscenza del fatto che il medicinale è, di fatto, molto più efficace di quanto si pensasse nel curare il tipo di infezione di Taney - efficace quasi al 100%-. In breve, in un'ottica *ex ante*, Marshall ha agito irragionevolmente nel prescrivere il medicinale a Taney; al contrario, in un'ottica *ex post*, la nuova conoscenza acquisita fa sì che i costi della non prescrizione superino i costi attesi legati a Taney ed al suo assumere il medicinale.

Esempio 4. Marshall vende a Taney un medicinale. Al momento della messa in commercio si sa che questo medicinale, a differenza di altri, ha un efficacia del 100% nella cura della malattia di Taney e non sono evidenti significativi effetti collaterali. Il produttore non dà alcun tipo di avvertenza. In seguito viene alla luce che il medicinale ha rari ma significativi effetti collaterali che si verificano in maniera casuale tra la popolazione, senza che ci sia alcun modo di predire chi potrebbe essere una potenziale vittima. Non di meno, la medicina rimane ragionevole: gli effetti collaterali non possono essere controllati senza impedire che il medicinale svolga il suo ruolo -ruolo da tutti riconosciuto come importante, così importante che ogni ragionevole avvertenza scritta sarebbe ignorata-. Taney usa il medicinale ed è lesionato in modo grave. Applicando il Learned Hand test *ex post* a Marshall non è attribuibile alcuna responsabilità. In termini di responsabilità oggettiva *ex ante* il risultato cambia: al tempo in cui il medicinale è stato venduto a Taney, Marshall era nella posizione migliore per valutare la possibilità del verificarsi di effetti collaterali. In termini di responsabilità oggettiva *ex post* è plausibile che il risultato sia lo stesso: Marshall è colui che può meglio decidere fra il costo di investire per modificare il medicinale e il costo di pagare i danni provocati dal medicinale nella sua composizione originale. Se si assumesse che non solo Marshall è nella posizione migliore per valutare rischi e benefici ma anche che gli effetti collaterali, *ex post*, sono tali da rendere il medicinale non più valido a prescindere dai suoi indubbi vantaggi, Marshall sarebbe responsabile anche nell'ottica del Learned Hand test *ex post*.

Esempio 5. Marshall vende a Taney le pillole per il mal di testa, queste pillole hanno sempre un'efficacia del 100% e si sa che possono causare alcuni minori effetti collaterali. Nel foglietto illustrativo è chiaramente segnalata questa possibilità, in più c'è una più generale avvertenza sul fatto che il medicinale è nuovo e che, anche se testato per 5 anni, c'è la possibilità che nel lungo termine alcuni effetti collaterali, di portata sconosciuta, si manifestino. E', inoltre, segnalata la presenza sul mercato di altri rimedi meno efficaci ma che sono in uso ormai da anni e per i quali si può escludere la possibilità di effetti collaterali. Per Taney è molto importante che il suo mal di testa passi, essendo per lui fondamentale potersi concentrare su un progetto importante nel quale è coinvolto, quindi, pienamente cosciente dell'esistenza dei rischi sia conosciuti che potenziali, decide di usare le nuove pillole. In seguito, acquisite nuove informazioni, emerge che questo medicinale risulta essere pericoloso (in un caso su tre, dopo sette anni, la vista peggiora; in un caso su venti subentra la morte). Applicando il Learned Hand test *ex post*, Marshall è sicuramente responsabile. In termini di responsabilità oggettiva, sia nella sua applicazione *ex ante* che in quella *ex post*, è più plausibile che la perdita resti su Taney.

Ciò che emerge da questi cinque esempi è che in ogni caso sia il produttore che l'utilizzatore-vittima devono effettuare delle scelte in termini di rischi-benefici. Ognuno di essi, date determinate circostanze, è meglio posizionato per valutare determinati rischi. In termini di responsabilità oggettiva la domanda è quali scelte sono più importanti e quale parte è meglio posizionata per farle ed agire in base ad esse. In termini di Learned Hand test la domanda è se un prodotto che può causare danni seri ha vantaggi che compensano, o meglio, superano, i rischi, e ciò sulla base delle informazioni che sarebbero dovute essere disponibili alle parti *ex ante* o che diventano disponibili *ex post*. Come scegliere il test migliore da applicare? Il Learned Hand test *ex post* presenta indiscussi vantaggi in termini di acquisizione di informazioni, di continuità nelle operazioni di test e ricerca. Rispetto ad un soggetto la cui condotta viene giudicata solo sulle basi di ciò che era conosciuto o conoscibile al momento dell'azione, un soggetto che sa che il proprio comportamento sarà esaminato in base ad un test *ex post* avrà maggiori incentivi ad anticipare sviluppi futuri, ad acquisire più informazioni prima di agire rispetto che a dover fronteggiare novità *ex post* col rischio

di pesanti conseguenze finanziarie.²¹³ A seguito del verificarsi di un incidente, applicando un test *ex ante*, la parte che sa che vincerà se l'altra non supera il test, non riceve incentivi a scoprire e portare alla luce fatti non conosciuti al tempo in cui il comportamento rilevante è stato attuato: se Taney può essere risarcito da Marshall solo in quanto quest'ultimo conosceva o avrebbe dovuto conoscere che i rischi di un determinato prodotto superavano i suoi benefici, Taney avrà poco interesse a spendere tempo e denaro a cercare fatti prima sconosciuti che dimostrano che dopo la produzione o la vendita il prodotto risulta irragionevolmente pericoloso in quanto in ogni caso egli perderebbe la causa. Applicando il test *ex post*, invece, Taney ha tutto l'interesse a cercare tali fatti. Lo stesso è vero in relazione a circostanze che dimostrano, *ex post*, che ciò che sembrava essere eccessivamente rischioso *ex ante* è invece utile. Inoltre, Marshall avrebbe incentivi, a seguito dell'incidente, a trovare dati prima non disponibili per dimostrare che la sicurezza era più rischiosa o costosa da ottenere rispetto a quanto era sembrato all'inizio, che i benefici dell'azione erano maggiori di quanto pensato, che i rischi legati all'incidente erano minori di quanto si potesse prevedere. Marshall avrebbe meno interesse a trovare tali informazioni se valutato secondo il test *ex ante* in quanto sarebbe comunque responsabile nel caso in cui il suo comportamento fosse ritenuto irragionevole al tempo dell'azione.

Chiarito ciò, va presentato il risvolto della medaglia: il rischio che un uso troppo libero del Learned Hand test *ex post* crei eccessivi oneri per le vittime e svincoli eccessivamente i produttori dalle proprie responsabilità. Lo snodo cruciale è che la valutazione di ragionevolezza dell'attività d'impresa -effettuata ricorrendo al Learned Hand test *ex post*- va completata con quella relativa al fatto se e come il produttore fornisce avvertenze all'utilizzatore e l'adequatezza di tali avvertenze -considerando certa l'esistenza di un *duty to warn* del produttore-. Il problema delle avvertenze, negli esempi sopra citati praticamente insignificante per l'analisi, è fondamentale: avvertenze appropriate, sufficientemente specifiche ed esigibili, rappresentano un modo in cui un prodotto pericoloso può valere il suo rischio perché permettono di prevenire alcuni usi e quindi alcuni rischi; è in questo caso che il produttore andrebbe considerato esente da

²¹³ Un'analisi sulla decisione relativa al livello ottimale di sforzi da dedicare alla raccolta di informazioni riguardo ai rischi remoti si trova in A. SCHWARTZ, *Products Liability, Corporate Structure, and Bankruptcy: Toxic Substances and the Remote Risk Relationship*, 14 J. Legal Studies 689 (1985).

ogni responsabilità. Se, al contrario, le avvertenze fornite sono generiche²¹⁴ o, comunque, non esigibili²¹⁵, diventa fondamentale tutelare gli utilizzatori-vittime e quindi far ritorno ad una applicazione della responsabilità oggettiva. Con un triplice effetto: si salva la vittima, si spalma il danno, si responsabilizza l'impresa. Va notato che, applicando un criterio di responsabilità oggettiva, il principio di Kaldor Hicks entra in azione: se per l'impresa il saldo è positivo (profitti meno costi legati al risarcimento delle vittime), si ha comunque un incentivo in termini di investimenti in ricerca, se, al contrario, il saldo è negativo, si avrebbe un'applicazione del principio di precauzione con tutti i limiti ad essa connessi. Proprio il principio di precauzione deve essere chiamato in causa, a questo punto dell'analisi, come terzo possibile criterio - oltre, appunto, al Learned Hand test *ex post* ed alla responsabilità oggettiva- da applicare nella decisione di un determinato caso. Che risultato si avrebbe? Riprendendo i cinque esempi sopra descritti, in ciascuno di essi l'attività d'impresa verrebbe vietata *ex ante* dal momento che, come già detto, il principio di precauzione funge da barriera per qualsiasi tipo di attività circondata da incertezza scientifica, da situazioni di rischio anche solo ipotetico e l'attività medica e, più in generale, di ricerca scientifica, rientra a pieno in questo contesto.

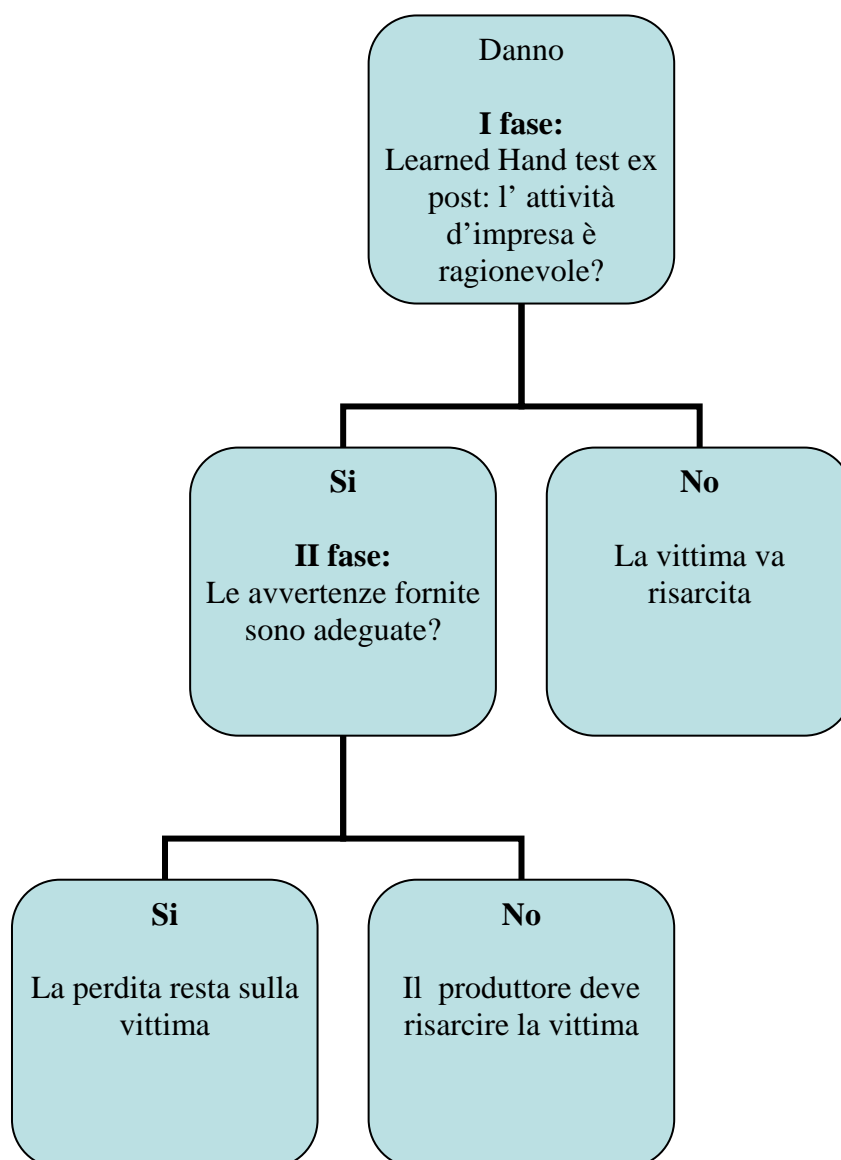
Compresi i tre criteri, e messo da parte quello paralizzante, la proposta è di integrare l'applicazione del Learned Hand test *ex post* con quello di responsabilità oggettiva scindendo l'analisi di ogni specifico caso in due fasi. Prima di tutto, occorre valutare la ragionevolezza dell'attività d'impresa alla luce delle informazioni disponibili a seguito dell'incidente, quindi, applicando il Learned Hand test *ex post*. Stabilita la ragionevolezza dell'attività si passa alla seconda fase; fase in cui va applicato il test di responsabilità oggettiva per attribuire l'onere della lesione al soggetto meglio posizionato per decidere l'opzione più conveniente tra l'adozione di misure per evitare l'incidente e il costo dell'incidente stesso. Più precisamente, stabiliti precisi parametri

²¹⁴ Riprendendo l'esempio 5, Marshall risulta responsabile in termini di Learned Hand test *ex post* perché nuove informazioni acquisite fanno capire che non vale la pena utilizzare il prodotto. Nello stesso esempio Marshall ha venduto il medicinale allegandoci avvertenze molto generiche sul prodotto, praticamente in alcun modo utili ad un potenziale utilizzatore -il medicinale è nuovo e, anche se testato per 5 anni, c'è la possibilità che nel lungo termine alcuni sconosciuti effetti collaterali, di portata sconosciuta, si manifestino- tuttavia, applicando il Learned Hand test *ex post* ciò non viene considerato nel determinare la responsabilità.

²¹⁵ Ad esempio: "il medicinale da vertigini quindi per l'intero periodo della cura il paziente deve restare a casa".

di riferimento (per esempio in termini di specificità ed esigibilità), va valutata l'adeguatezza delle, eventuali, avvertenze fornite dal produttore. Se le avvertenze risultano essere adeguate la perdita resta dove cade. Se, al contrario, le avvertenze fornite non sono adeguate, la vittima dovrà essere risarcita dal produttore.

In sintesi:



Riprendendo i cinque esempi sopra riportati, solamente nel primo, terzo e quarto si supera la prima fase e, quindi, l'attività d'impresa può essere considerata ragionevole. Determinato ciò, la seconda fase consiste nel valutare, per ciascuno di questi tre casi, chi tra il produttore ed il consumatore deve addossarsi l'onere dell'ingiuria. Il primo e quarto caso sono piuttosto chiari. Nel primo caso, infatti, come ci insegnano la *bounded rationality* ed ancor più la *rational ignorance*, non è ragionevole supporre che, lette le avvertenze, Taney possa correttamente valutare la probabilità di essere quell'uno su 20 milioni e nemmeno che possa correttamente bilanciare questo rischio futuro con la certezza di veder pienamente curato, nell'immediato, il suo mal di testa. Nel quarto il produttore non fornisce alcuna avvertenza. In entrambe le circostanze, quindi, il produttore deve risarcire la vittima. Il terzo caso è più delicato. In un'ottica *ex ante* non si può considerare il medico responsabile: le avvertenze da lui fornite sono chiare e piuttosto circoscritte e, *ex ante*, si sa che esistono altri medicinali ugualmente efficaci a quello in questione; il paziente può, quindi, effettuare corrette valutazioni (decidere di usare un altro medicinale o di assumere quello in questione restando, però, a casa). Deve essere chiaro che la seconda fase dell'analisi -valutare e decidere sulla problematica del risarcimento- anche nel caso in cui risulta che la vittima deve essere risarcita dal produttore, non mette in discussione la ragionevolezza dell'attività d'impresa e la necessità, in termini sociali, che essa venga svolta. La mera applicazione del principio di precauzione avrebbe bloccato tutto a priori, rendendo inutile una qualsiasi valutazione di ragionevolezza.

BIBLIOGRAFIA

PUBBLICAZIONI

U. BECK, intervista rilasciata al Philosophie Magazine, 11/06/2008.

U. BECK, *Risk Society: Towards a New Modernity*, Sage publications, London, Newbury park, New Delhi, 1992.

D.A. DANA, *When Less Liability May Mean More Precaution: The Case of Nanotechnology*, Northwestern Law and Economics Series, 09-43. <http://ssrn.com/abstract=1518100>.

J.C. DAVIES, *Managing the Effects of Nanotechnology*, Project on Emerging Nanotechnologies, Woodrow Wilson International Center for Scholars, Washington, DC, Jan. 2006. <http://www.wilsoncenter.org/events/docs/Effectsnanotechfinal.pdf>

F. FUREDI, *Culture of Fear: Risk-taking and the Morality of Low Expectation*, Continuum Compact, London, 2002.

J.C. HANEKAMP, *Hormesis in Precautionary Regulatory Culture: Models Preferences and the Advancement of Science*, Hum Exp Toxicol, Nov. 2007.

B. HARDER, *Particles Enter the Nervous System Via The Nose -- Conduit to the Brain*, Science News , Jan. 24, 2004.

U. IZZO, *La Precauzione nella Responsabilità Civile – Analisi di un concetto sul tema del danno da contagio per via trsfusionale*, Cedam 2004.

G. MARCHANT et al., *Nanotechnology Regulation: The United States Approach*, New Global Frontiers in Regulation: The Age of Nanotechnology , 201-02, Graeme Hodge ed., 2007.

M. Rodi, *Public Enviromental Law in Germany*, in J. H. SEERDEN, M.A. HELDWEG, K.R. DEKETELAERE, *Public Enviromental Law in the European Law and United States: a Comparative Analysis*, The Hague, 2002, p. 199.

A. SCHWARTZ, *Products Liability, Corporate Structure, and Bankruptcy: Toxic Substances and the Remote Risk Relationship*, 14 J. Legal Studies 689, 1985.

J. SIMON, *The State of Humanity*, Basil Blackwell, Oxford, 1995.

THE ROYAL SOC'Y & THE ROYAL ACAD. OF ENG'G, *Nanoscience and Nanotechnologies: Opportunities and Uncertainties* 5, 2004; <http://www.nanotec.org.uk/report/Nano%20report%202004%20fin.pdf>.

Communication from the Commission of the European Communities on the Precautionary Principle, 2.2.2000; <http://europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/l32042.htm>.

Environmental and Safety Impacts of Nanotechnology: What Research is Needed?, Hearing Before the H. Comm. on Science, 109th Cong. 1, 2005.

Environmental Health Criteria – DDT and its Derivatives, World Health Organization, 1979, 1989; <http://www.who.int/ipcs/publications/ehc/ehcnumerical/en/index.html>.

European Strategic Research Agenda on Nanomedicine; ftp://ftp.cordis.europa.eu/pub/nanotechnology/docs/nano_brochure_it.pdf.

FAQs on DDT use for disease vector control, World Health Organization, 2005; <http://www.who.int/malaria/docs/FAQonDDT.pdf>.

Nanoaction, Principles for the Oversight of Nanotechnologies and Nanomaterials, 2008; www.nanoaction.org.

Principle 15 of the Rio Declaration on Environment and Development (1992); <http://www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21/index.htm>.

The Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity; Montreal 2000; <http://www.cbd.int/doc/legal/cartagena-protocol-en.pdf>.

The Precautionary Principle In Action: A Handbook; <http://www.biotech-info.net/handbook.pdf>.

CASI

Case E-3/00, *EFTA Surveillance Authority v. Norway* (2000-2001).

Court of Justice, Cause C-157/96 e C-180/96.

Jeffrey Nicholls v. Director General of National Parks and Wildlife Service, (Land and Environment Court of New South Wales), No. 10151 of 1994.

Leatch v. Director General of National Parks and Wildlife Service, (Land and Environment Court of New South Wales), No. 10376 of 1993.

R. v. Secretary of State for Foreign Affairs ex parte the World Development Movement Ltd. (1995), 1 All ER 611: 18.7.3, 18.13.

CAPITOLO 3

COME TOGLIERE DAL GIRO I DANNI NON PATRIMONIALI:

NOTE IN MARGINE ALLA “TEORIA DELL’ASSICURAZIONE”*

“We disagree with those students of tort law who believe that pain and suffering are not real costs and should not be allowable items of damages in a tort suit. No one likes pain and suffering and most people would pay a good deal of money to be free from them. If they were not recoverable in damages, the cost of negligence would be less to the tortfeasor and there would be more negligence, more accidents, more pain and suffering, and hence higher social costs.”

Richard Posner²¹⁶

INTRODUZIONE

In letteratura i danni non patrimoniali sono definiti come perdite insuscettibili di valorizzazione nel mercato. Per gli individui che le subiscono, tali perdite sono, tuttavia, reali.

Se si guarda alla responsabilità civile in termini economici -ossia, in chiave di efficienza, che in generale significa massimizzazione dei benefici totali e minimizzazione dei costi totali-, è giocoforza riconoscere che il suo compito precipuo è quello di comprimere i costi totali degli incidenti, in altre parole ridurre i costi primari e secondari fino al punto in cui tale processo comporta un incremento nei costi terziari superiore al risparmio ottenuto.²¹⁷ L’analisi che si va ad abbozzare si concentrerà, appunto, sulla prima categoria di costi, la cui riduzione si ottiene tramite la prevenzione degli incidenti.²¹⁸

Per essere effettivamente incentivati ad adottare misure precauzionali, i danneggianti dovrebbero essere chiamati a pagare per tutti i danni che causano. Ciò implica che essi

* Una prima versione di questo articolo è stata pubblicata sulla rivista “Danno e Responsabilità”, 8-9/2010, con il titolo Come togliere dal giro i danni non patrimoniali: note in margine alla “teoria dell’assicurazione”. Una parte di questo articolo è stata estrapolata dalla tesi presentata a luglio 2009 a termine dell’European Master in Law and Economics dal titolo *Non Pecuniary Losses in the Law of Torts: Fatal and Non-Fatal Accidents*.

²¹⁶ *Kwasny v. United States*, 823 F.2d 194, 197 (7th Cir. 1987).

²¹⁷ La distinzione fra costi primari, secondari e terziari degli incidenti si trova in G. CALABRESI, *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press (1970).

²¹⁸ Per completezza espositiva, si ricorda che si considerano costi secondari quelli dovuti ad un’inefficiente distribuzione delle perdite tra la popolazione e che possono essere ridotti per mezzo di una ripartizione del rischio degli incidenti o della sua traslazione in capo alle persone nella posizione migliore per ‘coprirlo’, a prescindere dal fatto che ciò importi, o non, una ripartizione del rischio. I costi terziari sono i costi amministrativi e conseguono alla riduzione dei primi due tipi di costi.

dovrebbero pagare anche per la componente non patrimoniale di tali danni.²¹⁹ L'indicazione, del tutto scontata secondo una prospettiva meramente precauzionale, è stata messa in discussione, e viene tutt'ora contestata ferocemente, dai sostenitori della c.d. teoria dell'assicurazione -teoria sviluppata nel continente americano nella seconda metà degli anni ottanta in un contesto caratterizzato da una profonda crisi del sistema della responsabilità civile-.²²⁰

Le note che seguono mirano, dopo aver presentato una caratterizzazione dei danni non patrimoniali, a mettere a confronto la teoria dell'assicurazione con quella, più tradizionalmente conosciuta, della prevenzione, per farne emergere il conflitto esistente. A questo fine, una volta ricostruita la teoria dell'assicurazione nei suoi principali aspetti, ne verranno scrutinate le rivendicazioni alla luce dell'analisi relativa ai diversi effetti dei danni patrimoniali e non. Sarà così possibile delineare, alla luce del dibattito dottrinario, i punti di forza (e di debolezza) della teoria per valutare se essa possa davvero supportare un atteggiamento di chiusura nei confronti dei danni non patrimoniali, o se non sia fortemente inficiata da premesse incomplete.

I. DANNI NON PATRIMONIALI: UNA CARATTERIZZAZIONE

I danni non patrimoniali possono essere considerati come perdite subite che, per non derivare da danni al reddito o agli *assets* di una persona, non possono essere quantificate in modo oggettivo con riferimento ad un determinato mercato. Una dettagliata caratterizzazione dei danni non patrimoniali viene offerta dall'American Law Institute:

²¹⁹ In questo lavoro l'attenzione si appunta sulla necessità, per ottenere un livello ottimale di prevenzione, che il danneggiante paghi per le perdite non economiche da lui causate. Come sarà spiegato in seguito esistono situazioni in cui (stato del mondo post-incidente caratterizzato da utilità marginale del denaro decrescente) se la vittima ricevesse denaro sarebbe sovra-assicurata e si avrebbe, quindi, un risultato non efficiente. Apparentemente si è davanti ad un trade-off: un livello di assicurazione sovra-ottimale verso un livello deterrenza sotto-ottimale. In realtà il conflitto può essere risolto coinvolgendo una terza parte, lo stato per esempio, ed applicando un sistema di "*decoupled liability*": il danneggiato riceve un ammontare di denaro diverso da quello fatto pagare al danneggiante. Per raggiungere il livello ottimale di prevenzione, richiede semplicemente che il danneggiante internalizzi le perdite da lui causate, di conseguenza, che la vittima ottenga una compensazione ottimale è condizione sufficiente ma non necessaria. Una spiegazione sul funzionamento di un sistema di *decoupled liability* si trova in A. M. POLINSKY E YEON-KOO CHE, *Decoupling Liability: Optimal Incentives for Care and Litigation*, 22 Rand Journal of Economics, 562-570 (1991).

²²⁰ G. L. PRIEST, *The Current Insurance Crisis and modern Tort Law*, 96 Yale Law Journal 1521, 1987.

- le pene fisiche sofferte dalla vittima al tempo dell'illecito e durante il periodo di recupero;²²¹
- il terrore patito in caso di lesioni o morte, sia prima che dopo il verificarsi di un incidente;²²²
- l'immediato stress emotivo e la perdita di lungo termine di amore e vita coniugale come conseguenza della lesione o morte di un coniuge o parente stretto.²²³
- la perdita definitiva della possibilità, per la vittima, di godersi la vita, di condurre normali attività personali e sociali a causa di una permanente menomazione fisica.²²⁴

Al di là di tale classificazione, non c'è accordo, nel dibattito giuridico ed accademico, su cosa iscrivere sotto la voce di danni non patrimoniali; spesso si tende a distinguere fra lesioni fisiche traumatiche, malattia o stress psichico. In realtà non solo è difficile, nei casi concreti, effettuare una distinzione, ma, di più, tale distinzione perde significato se si considera che il livello ottimale di compensazione richiede che tutte le perdite siano coperte. Sembra quindi opportuno considerare i danni non patrimoniali nella loro più ampia accezione.

II. DUE TEORIE A CONFRONTO

Il sistema della responsabilità civile riconosce, ad un certo livello, la necessità di compensare i danni non patrimoniali per mezzo di ristori monetari. Nel dibattito di *law and economics* due principali teorie si confrontano e scontrano sul problema della compensazione di tali danni: la teoria della prevenzione e quella dell'assicurazione. La

²²¹ Nel caso *Mercy Hospital of Laredo v. Rios*, 776 S.W. 2d 626, 630 (Tex. App. – San Antonio 1989) furono riconosciuti danni per le sofferenze subite da un bambino soffocato a morte nel giro di un'ora nell'ospedale del convenuto.

²²² Nel caso *Blum v. Airport Terminal Services*, 762 S.W. 2d 67 (Mo. App. E.D. 1988), un indennizzo di \$1.5 milioni venne riconosciuto ad un giovane uomo che si trovava su un aereo che precipitò. Tale indennizzo copriva il terrore sofferto dalla vittima prima dell'impatto e i tre giorni di sofferenze sperimentate prima di morire a seguito dell'impatto stesso.

²²³ Nel caso *DiRosario v. Havens*, 242 Cal. Rptr. 423 (cal. Ct. App. 1987), i genitori di una bambina di sette anni ricevettero \$2.1 milioni a seguito della morte della loro figlia, uccisa da una macchina guidata negligenzemente da un dottore.

²²⁴ Nel caso *Georgacopoulos v. University of Chicago Hospital and Clinics*, 504 N. E. 2d 830 (Ill. App. 1987), una donna che aveva subito danni cerebrali durante un'operazione ricevette \$3.5 milioni per le sofferenze che avrebbe dovuto affrontare in una vita di durata attesa di venti anni, e suo marito ricevette \$750.000 per la perdita della compagnia della consorte.

teoria della prevenzione, con il suo focus sull'obiettivo di deterrenza, sostiene la necessità che il danneggiante compensi completamente sia le perdite economiche che quelle non patrimoniali causate alla vittima: solo il completo pagamento di tutti i danni causati induce il potenziale danneggiante ad investire in modo ottimale in misure precauzionali.²²⁵ La teoria dell'assicurazione, con il suo focus sul livello "adeguato" di compensazione, sostiene che la vittima non dovrebbe ricevere ristoro per i danni non patrimoniali in quanto, nel contesto pre-incidente, non si sarebbe procurata copertura assicurativa, se disponibile, in relazione a tali danni, dato che le loro conseguenze non possono essere eliminate con denaro dopo l'occorrenza di un incidente.

Il conflitto tra i due approcci non potrebbe risultare più evidente. Per ottenere un livello ottimale di deterrenza, non è sufficiente che ci sia compensazione. Occorre un livello ottimale di compensazione, perché solo in questo caso il potenziale danneggiante riceve incentivi corretti in relazione ai livelli di diligenza ed attività da adoperare. Sia un risarcimento superiore sia una sotto-compensazione (un risarcimento inferiore rispetto al livello ottimale) sono, per queste ragioni, non efficienti.²²⁶ Il risarcimento è perfettamente compensativo solo quando riporta la vittima allo stesso livello di utilità di cui avrebbe goduto nel caso in cui l'incidente non si fosse verificato, in altre parole la rende indifferente tra il non aver riportato alcuna lesione o l'averla subita: una perfetta compensazione richiede che il danneggiante risarcisca i danni da lui causati sia in termini di perdite patrimoniali che non patrimoniali. Al contrario, l'applicazione della teoria dell'assicurazione comporta un problema di sotto-compensazione (risarcimento riconosciuto solo per le perdite patrimoniali) della vittima da parte del danneggiante e,

²²⁵ Al sistema di *tort law* sono stati riconosciuti, nel tempo, vari obiettivi: deterrenza, compensazione, punizione, giustizia correttiva, appagamento, distribuzione delle perdite, solo per citarne alcuni. Attualmente, mentre molti commentatori, specialmente nel versante europeo, considerano la compensazione come funzione primaria della responsabilità civile moderna, l'opinione dominante nel campo della *law and economics* attribuisce ruolo cruciale all'efficienza. L'efficienza consiste nella riduzione, fino a raggiungere un livello ottimale, del numero e gravità degli incidenti o, usare le parole di Guido Calabresi, nella riduzione dei costi primari degli incidenti. Seguendo tale visione, la compensazione delle perdite non va considerato come obiettivo a se stante, quanto come mezzo per raggiungere deterrenza: solo compensando le perdite, il numero e la gravità degli incidenti possono essere ridotti. Per una caratterizzazione degli obiettivi di un sistema di *tort law* vedi, per esempio, W. GLANVILLE, *The Aims of the Law of Tort*, Current Legal Problems 137 (1951); P. CANE, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, 7th ed., Cambridge University Press (2006); N. MC BRIDE e R. BAGSHAW, *Tort Law*, 3rd ed., Harlow: Pearson Longman (2008).

²²⁶ Per ulteriori elaborazioni v. fra tutti G. CALABRESI, *Optimal Deterrence and Accidents*, 84 Yale Law Journal, 656-671 (1975).

di conseguenza, un risultato inefficiente in termini di riduzione dei costi primari degli incidenti.

II.A. IL *RATIONALE* ASSICURATIVO

Prima di esaminare più in dettaglio la teoria dell'assicurazione, è bene richiamare i principi chiave su cui essa va a incardinarsi. L'assicurazione è un meccanismo che permette agli individui di avere a disposizione uno stesso ammontare di denaro in diversi stati del mondo, stati in cui potrebbe (o non) essersi verificata una perdita. L'assicurato paga un premio e ciò comporta una riduzione immediata nel suo patrimonio; ove egli subisca una perdita, riceve dall'assicuratore una determinata somma di denaro. In altri termini, l'assicurazione trasferisce il rischio dall'assicurato all'assicuratore. Trasferimento significa esternalizzazione. La ragione principale per cui le persone si assicurano è la loro avversione al rischio: un'entrata certa di denaro ha un valore maggiore di uno stesso ammontare atteso, ma incerto. Per un soggetto avverso al rischio, l'utilità marginale della sua funzione di utilità del denaro è decrescente, in altre parole l'utilità derivante dalla prima unità di denaro posseduta è maggiore di quella derivante dalla seconda unità e così via.²²⁷ L'idea sottostante è che con le prime unità di denaro si soddisfano i bisogni più importanti, con unità addizionali quelli meno pressanti. Comprando un premio assicurativo viene speso denaro disponibile nello stato pre-incidente, denaro con un valore marginale relativamente basso. Successivamente, nel caso in cui si verifichino perdite, l'assicuratore eroga l'ammontare concordato, denaro che, a causa della riduzione nel reddito, provocata dall'incidente, ha un valore marginale più elevato. E' vero, dunque, che nel comprare la copertura assicurativa si crea una diminuzione nell'utilità di un individuo; ma, nell'evenienza di incidente non coperto da assicurazione, la perdita di utilità sofferta sarebbe maggiore.²²⁸

Due punti vanno chiariti. Primo, come verrà in seguito spiegato più nel dettaglio, l'assicurazione ha valore per la vittima solo nel caso in cui una perdita causi un incremento nel valore marginale del denaro. Secondo, una assicurazione 'perfetta' ha lo stesso effetto di una perfetta compensazione: l'assicurato è indifferente fra il trovarsi

²²⁷ L'utilità marginale può definirsi come l'utilità apportata dall'ultima unità consumata di un bene.

²²⁸ Per maggiori dettagli sul punto V. KARAPANOU e L. VISSCHER, *The Magnitude of pain and Suffering Damages from a Law and Economics and Health Economics Point of View*, RILE Working Paper No 02 (2009).

nella situazione senza incidente e in quella in cui lo subisce, presenta reclamo e riceve denaro. L'assicurazione è, infatti, considerata dalla dottrina come un sistema privato di *liability law*: il costo degli incidenti è allocato per mezzo di contratti privati.

II.B. LA TEORIA DELL'ASSICURAZIONE

Per intendere il portato della teoria dell'assicurazione e il contesto in cui si è sviluppata, è bene andare indietro di qualche decina d'anni nel continente americano e risalire, più precisamente, alla seconda metà degli anni ottanta, che registrò una profonda crisi del sistema della responsabilità civile.²²⁹ In settori come quello della degustazione dei vini e della cura giornaliera²³⁰ diverse compagnie assicurative abbandonarono alcune linee di prodotto e, altre, ridussero i margini delle coperture; nel mentre venivano aumentati i premi (a volte più che raddoppiati in un solo anno) in relazione a prodotti quali i vaccini, velivoli, attrezzature sportive²³¹ e servizi quali ostetricia, sciovie e autotrasporti commerciali.²³² L'indice più vistoso fu rappresentato dal fatto che in alcuni comparti (responsabilità da prodotto, *medical malpractice*) le coperture assicurative non furono più disponibili per un certo periodo. Nemmeno a dirlo, la situazione parve particolarmente problematica in contesti dove l'assicurazione della responsabilità civile verso terzi era un requisito necessario, in termini pratici o legali, per intraprendere un'attività professionale. I tentativi di comprendere le ragioni della crisi hanno spaziato in varie direzioni:²³³ tutti, però, finiscono col ravvisare il fattore scatenante nella prassi del *tort law*. Gli assicuratori lamentavano l'impossibilità di determinare l'ammontare corretto dei premi assicurativi, date le difficoltà da loro incontrate nel valutare i rischi. Rischi resi indecifrabili dall'esplosione delle controversie legali, dall'eccessivo ammontare dei danni riconosciuti nelle cause civili e

²²⁹ G. L. PRIEST, *The Current Insurance Crisis and modern Tort Law*, 96 Yale Law Journal 1521, 1987.

²³⁰ N.Y. Times, Feb.1, 1986, at 1, col. 5; Wall St. J., Fe. 3, 1986 at 5, col.1; N.Y. Times, Mar. 26, 1986, at C12, col. 4.

²³¹ I. BRODY, *When Products Turn into Liabilities*, Fortune Mar. 3, 1986 "[as] insurers have raised rates for liability coverage, or pulled out of the market altogether, unease among American manufacturers has given way to near-panic"; Wall St. J., Jan. 21, 1986 at 31, col. 1; G.J. CHURCH, *Sorry, Your Policy is Cancelled*, Time, Mar. 24, 1986, at 18.

²³² U.S. General Accounting Office: *Medical Malpractice Insurance Costs Increased but Varied among Physicians and Hospitals*, Washington, D.C.: GAO (1986); N.Y. Times, Feb.15, 1986, at 1, col. 1; Toronto Globe & Mail, Feb. 21, 1986, at B2, col.1.

²³³ Si vedano, per esempio, il primo di una serie di studi che hanno analizzato la crisi dell'assicurazione contro la responsabilità civile verso terzi: *The Liability Insurance Crisis: What Washington Can Do to Help*, presentato il 27 marzo 1986.

dal novero dilatato di circostanze in cui si riconosceva il diritto al ristoro dei pregiudizi.²³⁴

Tre diverse teorie sono state elaborate per cercare di spiegare questa crisi e trovare una possibile cura. La prima spiegazione vedeva la crisi come il risultato di un accordo collusivo tra le compagnie di assicurazione che avevano agito per mezzo di esplicite fissazioni dei prezzi coordinate -*explicit price fixing*- o mediante una manipolazione finanziaria dei conti di riserva.²³⁵ Una seconda teoria spiegava la crisi con riferimento all'effetto ciclico dei cambiamenti nei tassi d'interesse relativi ai ritorni sugli investimenti, e quindi, ai premi assicurativi: la crisi era vista come il risultato diretto della diminuzione nei tassi d'interesse che aveva forzato un incremento nei premi assicurativi.²³⁶ Entrambe queste teorie implicavano che tali problemi assicurativi sarebbero scomparsi nel tempo o attraverso la rottura del cartello (per mezzo di un intervento antitrust o regolatore) o attraverso un riaffermarsi, ciclico, di tassi d'interesse più alti. Una terza teoria, avanzata e difesa in primo luogo dal Department of Justice americano, ha trovato la causa della crisi nel sistema della responsabilità civile: l'allora recente espansione della responsabilità d'impresa -frutto del crescente aumento delle controversie in materia di responsabilità civile e, di conseguenza, dell'attribuzione di significativi risarcimenti- aveva comportato un necessario rialzo nei premi assicurativi.²³⁷ Nell'ottica del Dipartimento di Giustizia, solo mediante una profonda riforma della responsabilità civile si sarebbe potuta superare la crisi. Anche se con qualche differenza, ben quarantadue stati americani attuarono riforme in termini di *tort law* o legislazione assicurativa incorporando i suggerimenti del DoJ.²³⁸ Ciò che conta ai fini della nostra analisi, è che, tra le azioni proposte, era suggerito un contenimento del

²³⁴ In un report dell' American Law Institute si leggeva: “ *The most pressing current issue, of tort liability and its reform, is probably the matter of compensation for pain and suffering*”.

²³⁵ S. GOLDBERG, *Manufacturers Take Cover*, Journal of the American Bar Association, July 1, 1986, at 52; *The Liability crisis: Who's to Blame?*, 6 Manhattan Rep. 1, 9 (1986).

²³⁶ F. BELLOTTI, J. VAN DE KAMP, L. THORNBURG, J. MATTOX, C. BROWN & B. LA FOLLETTE, *An Analysis of the Causes of the Current Crisis of Unavailability and Unaffordability of Liability Insurance* (Ad hoc committee of the National Association of Attorneys General, report, May 1986).

²³⁷ U.S. Dep't of Justice, Report of the Tort Policy Working Group on the Causes, Extent and Policy Implications of the Current Crisis in Insurance Availability and Affordability (1986). Il report documenta una crescita pari al 758% nelle c.d. *federal product liability actions* dal 1974 al 1985; un raddoppio del tasso delle c.d. *medical malpractice lawsuits* dal 1976 al 1981 e un aumento del 141% nei c.d. *claims against municipalities* dal 1979 al 1983; un complessivo incremento medio dei risarcimenti del 15% annuo dal 1975.

²³⁸ Nat'l Conference of State Legislatures, *Selected State Legislative Action Re Affordability and Availability of Liability Insurance*, Aug. 4, 1986.

risarcimento dei danni non patrimoniali:²³⁹ ecco spiegato il perché della teoria dell'assicurazione. Tuttavia, al di là di queste consistenti motivazioni economiche e sociali, i sostenitori della teoria dell'assicurazione, fin dal primo momento della sua introduzione, hanno difeso le proprie posizioni trincerandosi dietro i principi dell'economia neoclassica ed della *consumer sovereignty norm*. Nello specifico, la premessa centrale della c.d. "teoria assicurativa della compensazione"²⁴⁰ -così come chiamata da Ellen Pryor in un suo articolo fondativo-, teoria che ha le sue radici nell'economia neoclassica, è che un individuo non dovrebbe ricevere compensazione per danni contro cui non sarebbe stato razionale assicurarsi, o, detto altrimenti, "*tort damages should reflect an economically rational actor's pre-accident preferences for post-accident wealth*". Questa stessa idea è implicita nella così detta *consumer sovereignty norm*, introdotta negli anni cinquanta e più volte difesa da vari autori, secondo cui lo Stato dovrebbe far crescere la ricchezza degli individui in base alle loro preferenze -la legge dovrebbe, quindi, fornire copertura per tutti i danni, e solo per quei danni, per i quali un consumatore ideale, pienamente informato, sceglierebbe copertura prima dell'occorrenza di una perdita.²⁴¹ Posto che attori razionali non si assicurerebbero per i danni non patrimoniali, la conclusione è che le vittime non dovrebbero ricevere risarcimento per questo tipo di perdite. Nello specifico, l'assicurazione può essere considerata come un mezzo per eguagliare il valore del denaro -la sua utilità marginale- fra lo stato del mondo pre-incidente e quello post-incidente. Un soggetto che decide di assicurarsi, spende soldi nel presente per avere denaro in futuro in caso di incidente; precisamente, spenderà solo fino al punto in cui i guadagni di utilità da denaro ottenuto in futuro a seguito di un incidente superano le diminuzioni di utilità nel presente dovute all'acquisto della copertura assicurativa. Nel caso dei danni non patrimoniali, prima del verificarsi di un incidente, una potenziale vittima non si assicura per tali danni perché, come verrà in seguito spiegato, questo tipo di perdite comporta un decremento nell'utilità marginale della ricchezza, sì che l'utilità

²³⁹ Reinstating a fault liability standard, adopting scientific, rather than less stringent legal causation standards, eliminating joint liability, instituting a cap on non-economic damages.

²⁴⁰ E. S. PRYOR, *The Tort Law Debate, Efficiency and the Kingdom of the Ill. A Critique of the Insurance Theory of Compensation*, 79 Virginia Law Review, 91-152 (1993).

²⁴¹ G. HILDEBRAND, *Consumer Sovereignty in Modern Times*, 41 American Economic Review, Papers and Proceedings (1951); R. MUSGRAVE, *The Theory of public Finance: a Study in Public Economy*, New York: McGraw-Hill (1959); J. PERSKY, *Consumer Sovereignty*, 7 Journal of Economic Perspectives (1993).

attesa derivante dal ricevere il pagamento assicurativo non supera l'utilità persa nell'acquistare la copertura assicurativa. In altre parole, l'assicurazione implica un trasferimento di denaro da uno stato del mondo, lo stato pre-incidente, in cui il denaro ha un maggior valore, ad un altro stato del mondo, lo stato post-incidente, in cui ogni unità di denaro produce una minore utilità per l'individuo. Il cuore di tutto questo ragionamento è costituito dal legame fra la domanda assicurativa in relazione ai danni non patrimoniali e il meccanismo della compensazione: la domanda è presupposto necessario di una compensazione perché "rivela qualcosa sui bisogni e le percezioni delle vittime".²⁴²

Come la teoria economica neoclassica in generale, la teoria dell'assicurazione, infatti, presuppone che la soddisfazione delle preferenze di un individuo costituisce, o meglio, riflette il benessere dell'individuo stesso. Da un punto di vista sociale si dovrebbero soddisfare quante più preferenze individuali possibile, quindi i danni vanno risarciti solo nel caso in cui ci siano preferenze per una copertura assicurativa che, in tal modo, verrebbero massimizzate.²⁴³ Tuttavia, è stato dimostrato, da vari studi analitici ed empirici, come il benessere e le preferenze soddisfatte non necessariamente coincidano: per mancanza di perfetta informazione e problemi di razionalità limitata, ciò che è bene per le persone non è necessariamente ciò che loro vogliono e, in ugual modo, ciò che le persone vogliono non sempre è un bene per loro -il consumo di droghe o l'utilizzo di sigarette sono solo due degli innumerevoli esempi che possono essere fatti a tal riguardo-. Inoltre, anche assumendo l'esistenza di soggetti pienamente informati e consapevoli,²⁴⁴ applicando una prospettiva di analisi economica emerge un altro problema legato al *framework* d'azione della teoria dell'assicurazione: il focus di un sistema di responsabilità civile deve essere, come già detto, il perseguimento dell'efficienza -di un livello efficiente di *risk taking*- e ciò si ottiene non attraverso la massimizzazione delle preferenze ma, piuttosto, tramite la minimizzazione dei costi

²⁴² M. FAURE, *Tort Law and Economics*, 1 Encyclopedia of Law and Economics, 2nd ed. (2009) p. 221.

²⁴³ Per esempio, se, nel caso di incidenti legati all'utilizzo di particolari prodotti, la maggior parte degli individui preferisse poter disporre di quei prodotti a prezzi più bassi piuttosto che ricevere compensazione per i danni non patrimoniali, richiedere al produttore di compensare tali danni minimizzerebbe la soddisfazione aggregata delle preferenze, in altre parole più persone starebbero peggio di quanto, altrimenti, sarebbero state.

²⁴⁴ E' opportuno ricordare ancora una volta che queste condizioni sono necessarie per il funzionamento della teoria dell'assicurazione; non a caso Schwartz, uno dei più attivi sostenitori della teoria scrive: "*The law should reflect the preferences of competent, informed consumers [...]*". A. SCHWARTZ, *Proposals for Product Liability Reform: A Theoretical Synthesis*, 97 Yale Law Journal, 353-415 (1988).

primari degli incidenti -determinati dal numero e dalla gravità degli incidenti-.²⁴⁵ A tal fine la deterrenza delle attività pericolose o potenzialmente tali diventa l'obiettivo da raggiungere tramite schemi risarcitori.

Chiarita questa differenza in termini di obiettivi, il passaggio successivo sarà quello di presentare gli effetti dei diversi tipi di danni sulle funzioni di utilità degli individui per meglio comprendere e valutare le rivendicazioni dei sostenitori della teoria dell'assicurazione.

III. DANNI E COMPENSAZIONE

Il danno consiste in una perdita. In caso di danno, o il reddito si riduce o la salute viene pregiudicata o entrambe le cose. L'utilità totale di un individuo si riduce sempre. La vittima è perfettamente compensata solo nel caso in cui la sua "soddisfazione" venga riportata al livello esistente prima dell'incidente: Cooter e Ulen definiscono la perfetta compensazione come *"the sum of money sufficient to make the victim of an injury equally well off with the money and the injury as he or she would have been without the money and the injury."*²⁴⁶

Se la vittima ha subito una perdita solo in termini di reddito, normalmente non sorge alcun problema nel compensarla: gli viene semplicemente dato un ammontare di denaro pari alla sua perdita. Una perdita in termini di salute può essere, al contrario, più problematica. Di seguito viene offerta una più precisa caratterizzazione di tale distinzione.

EFFETTI DEI DANNI PATRIMONIALI E NON PATRIMONIALI. Un danno patrimoniale pari a X consiste in una riduzione del reddito di una persona, in un movimento, verso sinistra, lungo la funzione di utilità del reddito. Una perdita monetaria comporta sempre un decremento nell'utilità totale del reddito²⁴⁷ ed un incremento nell'utilità marginale²⁴⁸. In termini grafici, rappresentando l'utilità sull'asse verticale e il denaro sull'asse

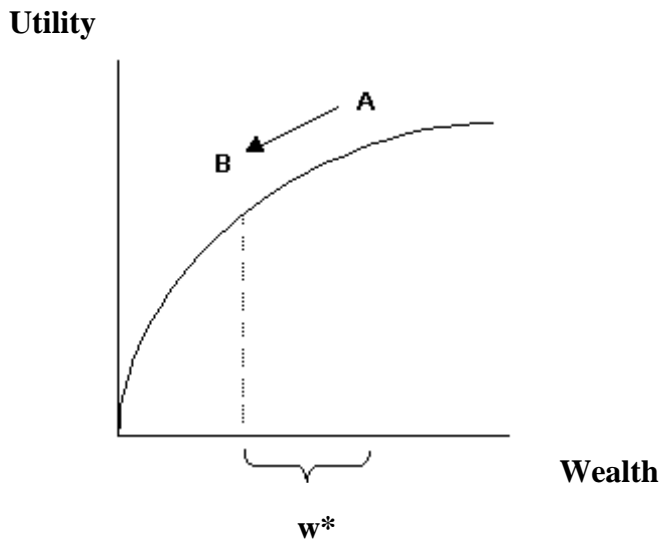
²⁴⁵ Vedi nota 214.

²⁴⁶ R. COOTER e TH. ULEN, *Law and Economics*, 4th ed., Boston: Pearson Addison Wesley, (2008).

²⁴⁷ L'utilità totale rappresenta la soddisfazione che si ricava dal consumo di una determinata quantità di un determinato bene.

²⁴⁸ L'utilità marginale rappresenta la variazione di utilità derivante dal consumo di un'unità in più o in meno di un determinato bene.

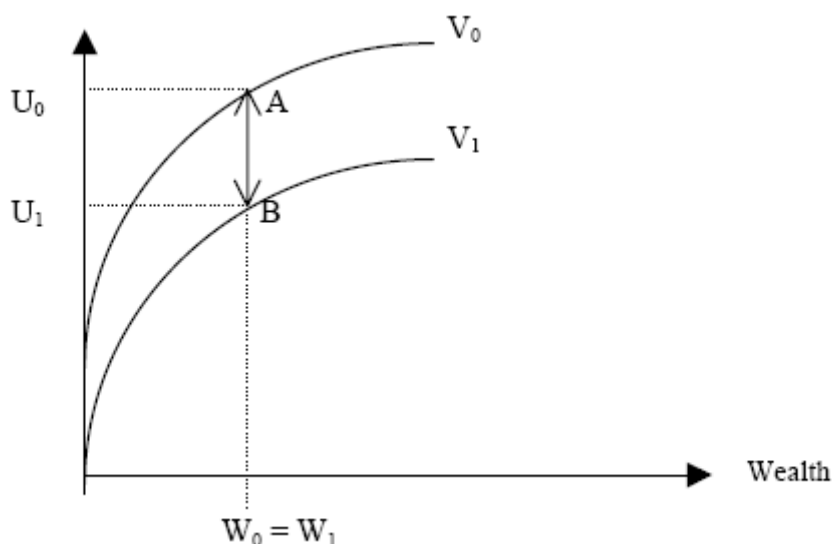
orizzontale (FIGURA 1), la curva di utilità rappresentata è concava. La derivata prima è positiva: l'utilità totale del denaro è crescente (cresce al crescere della disponibilità di denaro). La derivata seconda è negativa: l'utilità marginale del denaro è decrescente (decresce al crescere della disponibilità di denaro).



Per ipotesi, a seguito di un incidente un determinato soggetto subisce una perdita di utilità: si ha un movimento lungo la curva di utilità da A verso B. Se alla vittima viene dato un ammontare di denaro pari a w^* , la sua utilità totale viene riportata al livello originario: l'utilità persa viene ristorata e, quindi, si ha il movimento inverso da B verso A. Al contrario, senza assicurazione il risultato sarebbe un incremento nell'utilità marginale: l'utilità totale resterebbe al livello B e in B l'utilità marginale è maggiore che in A (dal momento che, come detto sopra, l'utilità marginale del denaro è decrescente). Grazie all'assicurazione, quindi, l'utilità marginale rimane invariata in quanto riportata allo stesso livello pre-perdita.

I danni non patrimoniali, al contrario, comportano uno spostamento non più lungo la curva di utilità, ma della curva stessa. Le conseguenze sull'utilità marginale possono essere di tre tipi: l'utilità marginale può restare invariata, subire un decremento oppure un incremento.

Il primo caso risulta subito chiaro in forza della rappresentazione grafica. Utilità marginale invariata significa che la funzione di utilità subisce solamente uno spostamento verso il basso: l'incidente comporta una diminuzione dell'utilità totale, ma la vittima non necessita di denaro.²⁴⁹



La curva V_1 rappresenta l'utilità dopo la perdita e ha la stessa forma della curva di utilità pre-incidente V_0 . La perdita non economica è rappresentata dalla differenza A-B, che è equivalente alla perdita nell'utilità: $U_0 - U_1$. L' utilità marginale è invariata e ciò significa che non c'è bisogno di extra reddito. Un esempio di perdite non patrimoniali implicanti un'invarianza nell'utilità marginale del reddito è fornito da Cooter:²⁵⁰ un professore che perde un dito della mano sinistra. Essendo la perdita del dito sulla mano sinistra, mano così detta non dominante, dolorosa e sfigurante, comporta un decremento dell'utilità totale ma, al tempo stesso, rappresenta un tipo di incidente che non comporta spese speciali al di là delle immediate spese mediche. Non sono richieste terapie né protesi, la capacità di guadagno rimane inalterata. La conseguenza, secondo la teoria dell'assicurazione, è che nessuna assicurazione è necessaria e nessuna compensazione dovrebbe essere data. Un altro esempio è fornito da Shavell: la perdita di un insostituibile ritratto di famiglia, che comporti un significativo rovescio dal punto di

²⁴⁹ L'utilità marginale in un punto è il coefficiente angolare (inclinazione) della retta tangente alla curva in quel punto. Nel caso in esame le rette tangenti, rispettivamente, alla curva V_0 in A ed alla curva V_1 in B hanno la stessa inclinazione

²⁵⁰ R. COOTER, *Towards a Market In Unmatured Tort Claims*, 75 Virginia Law Review, 383-412 (1989).

vista emozionale, non ha alcun impatto sulla capacità di guadagno dei membri della famiglia. Conseguentemente l'utilità marginale del denaro non subisce alcun incremento e l'acquisto di una copertura assicurativa per tale perdita è inefficiente perché non genera alcun incremento nell'utilità attesa.²⁵¹

Se l'utilità marginale del reddito decresce, il reddito aggiuntivo risulta di minor valore per il fruitore rispetto al possesso di uno stesso ammontare di denaro prima della perdita: una persona danneggiata non può godere del denaro come avrebbe fatto prima di subire l'incidente.²⁵² Se tale individuo potesse anticipare il carattere della sua situazione post-incidente, non vorrebbe spendere denaro nello stato pre-incidente. In generale sono le lesioni più gravi quelle che riducono l'utilità marginale. L'esempio più evidente è la perdita della vita: se una persona muore, non può trarre godimento né alcuna utilità dal denaro; e ciò induce a dedurre che non sarebbe disposta a comprare un'assicurazione per ricevere compensazione in caso di morte (salve, come si dirà più oltre, considerazioni di affetto verso i famigliari). Un altro esempio è il caso di un incidente che rende una persona comatosa o paraplegica. In entrambi i casi non solo è più difficile utilizzare il denaro, ma il poter spendere dà meno piacere che nello stato pre-incidente.²⁵³ La prima conseguenza è che anche in questo caso non si acquisterà copertura assicurativa. La seconda è il desiderio della vittima di trasferire denaro dallo stato post-incidente a quello pre-incidente. Tuttavia, come spiegato da Priest, questa forma di "assicurazione inversa" non è di facile attuazione e, quindi, raramente utilizzata.²⁵⁴

Se un incidente comporta un incremento nell'utilità marginale, ciò significa che, a pari livello di reddito, c'è un incremento nel bisogno di reddito della vittima: in questo caso l'assicurazione è utile. In assenza di assicurazione o di responsabilità civile, la vittima sarebbe sotto-assicurata in quanto si troverebbe in una condizione peggiore di quella di partenza, ma tale situazione potrebbe essere migliorata con un risarcimento in denaro. Un esempio, sempre fornito da Shavell, è quello di una persona resa disabile, che necessita di compensazione in quanto obbligata a sostenere spese per ottenere

²⁵¹ S. SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge, MA: Harvard University Press (1987).

²⁵² V. KARAPANOU e VISSCHER, *op. cit.*

²⁵³ S. SHAVELL, *op. cit.*

²⁵⁴ G. PRIEST, *The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law*, *op. cit.*

assistenza domiciliare e condizioni speciali di trasporto e per aver perso la capacità di guadagno.²⁵⁵

Spesso uno stesso incidente può avere diverse conseguenze e la funzione di utilità della vittima può muoversi, simultaneamente, verso il basso e verso destra. Un esempio fra tutti è quello di una persona resa paraplegica. Le sue lesioni hanno sia carattere non patrimoniale che patrimoniale (pagamento di spese mediche, medicinali, riabilitazione, aiuto domestico e così via). Sebbene tutti i costi e gli effetti economici negativi possano essere compensati col denaro, la vittima non può essere riportata alla situazione pre-incidente: la compensazione per il danno economico non è sufficiente per riportare la vittima al suo originario livello di utilità.

In breve, in caso di perdite dove l'utilità marginale non varia, non c'è bisogno di denaro extra; una persona razionale non si assicurerebbe in quanto il denaro o ha più valore nella situazione pre-incidente oppure ha lo stesso valore in seguito all'incidente. E' bene sottolineare un punto. Il discorso fin qui fatto funziona sotto l'ipotesi che le parti siano agenti razionali, senza problemi di *bounded rationality*, *bounded will power* o *bounded self control*. In caso contrario, potrebbero darsi giustificazioni alternative per il comportamento delle persone (in aggiunta alla semplice, razionale, valutazione della funzione di utilità nello scenario post-incidente), come l'esistenza di doppie personalità con preferenze opposte che possono coesistere nel tempo in ciascun individuo.²⁵⁶

Una volta esposti questi dettagli tecnici e chiarito il senso delle rivendicazioni della teoria dell'assicurazione, il passo successivo consiste nel ricostruire il dibattito dottrinario per capire punti di forza e debolezza, dunque il valore effettivo, della teoria.

IV. LA DISCIPLINA DEI DANNI NON PATRIMONIALI IN DIVERSI ORDINAMENTI

Alla luce dell'analisi teorica presentata sin qui, spigolando in vari ordinamenti giuridici, emergono spunti di riflessione interessanti in relazione alla caratterizzazione e riconoscimento dei danni non patrimoniali.²⁵⁷

²⁵⁵ S. SHAVELL (1987) *op. cit.*

²⁵⁶ R. POSNER, *Are We One Self or Multiple Selves? Implications for Law and Public Policy*, 3 Legal Theory 23 (1997).

²⁵⁷ In particolare verranno considerati quattro sistemi giuridici: quello statunitense, inglese, tedesco e italiano.

Sebbene il quadro definitorio, ad un primo sguardo, appaia variegato, in effetti le differenze sono principalmente terminologiche. Mette conto rilevare come, in tutti gli ordinamenti esaminati, la categoria dei danni non patrimoniali sia venuta estendendosi nel tempo a un numero sempre maggiore di fattispecie.

Nel diritto inglese i danni non patrimoniali si dividono in perdita di comfort della vita²⁵⁸, da un lato, e dolore e sofferenza, che includono shock nervoso e qualsiasi altro sintomo psichiatrico riconosciuto,²⁵⁹ dall'altro. Negli Stati Uniti, non sussiste chiara distinzione tra dolore fisico e sofferenza mentale. Data una lesione fisica, il risarcimento dei danni è consentito per varie tipologie di disagio mentale, come preoccupazione, paura e umiliazione.²⁶⁰ Oltre ai danni per il dolore e la sofferenza e per le perdite pecuniarie, alcune corti riconoscono il risarcimento di danni per la perdita della capacità di godersi la vita e le sue amenità.²⁶¹

Nell'ordinamento tedesco il termine *Schmerzensgeld* (letteralmente “denaro per dolori”) si riferisce al risarcimento per situazioni caratterizzate da pena e sofferenza, perdita di amenità (il termine utilizzato si traduce precisamente come “sofferenza mentale”), deturpazione, perdita di aspettativa di vita.²⁶²

²⁵⁸ Si parla di “*loss of amenities of life*”, come conseguenza del fatto che il danneggiato si vede privato “*of the capacity to do the things which before the accident they were able to enjoy; and to prevent full participation in the normal activities of life*” (Law Commission 1995, 14).

²⁵⁹ In realtà, la distinzione spesso si perde spesso all'interno delle sentenze: “*damages for non pecuniary loss are not usually subitemised in practice. One consequence of this is that, unless there is specific discussion of the matter by the judge in a particular case, it is difficult to analyse different awards in order to discover how much of them relate to pain and suffering and how much to loss of amenity*” (Law Commission 1995, 9).

²⁶⁰ Restatement (Second) of Torts § 905, Comments *d-e* [1979]. In Inghilterra, una prima, dettagliata caratterizzazione delle perdite personali è stata data da Cockburn CJ nel caso *Phillips V. London and South Western Rly Co.* [1879] 4 QBD 406 at 407.

²⁶¹ Una caratterizzazione della perdita dell'abilità di godere della vita e delle sue amenità è stata data nel caso *Isgett v. Seaboard Coast Line R. Co.* [1971] 332 F. Supp. 1127, 1143: “*In addition to his physical pain and suffering he has suffered mental anguish, anxiety, disfigurement, loss of sexual life, the shame of being transposed from an able-bodied, self-respecting working man to a pitiable, legless dependent, humiliation and emotional strains attendant to such a deplorable condition, which would entitle him, if living, to compensation for his loss of happiness, normal life and composure. This court feels it appropriate that the award for the disability per se should include the non-pecuniary, non-pain aspects of the disabled condition, such as deprivation of a normal, full life and a chance to pursue non-economic hobbies of recreation*”.

²⁶² Per la precisione, il termine *Schmerzen* sta per dolori fisici, tuttavia, i danni non patrimoniali risarciti in base al nuovo §253, 2, BGB non si esauriscono nei dolori fisici ma si riferiscono a qualunque pregiudizio non suscettibile di valutazione pecuniaria ossia qualsiasi alterazione del benessere fisico e/o morale del soggetto consistente non solo in dolori e sofferenze transeunti, ma anche in preoccupazioni per il futuro, nonché nella generale diminuzione della gioia di vita conseguente a deturpamenti estetici o alla necessaria rinuncia ad attività di cui si è particolarmente appassionati e così via.

Per capire l'attuale caratterizzazione dei danni non patrimoniali -intesi come "ogni conseguenza peggiorativa che non tollera, alla stregua di criteri oggettivi, di mercato, una valutazione pecuniaria rigorosa"- nell'ordinamento italiano, occorre far riferimento alle quattro recenti sentenze delle Sezioni unite dell'11 novembre 2008 nn. 26972-5. Tali sentenze, nel tentativo di governare la complessità dei danni non patrimoniali, hanno costruito un nuovo sistema in termini di tutela e risarcimento degli stessi. Innanzitutto, la Cassazione si è pronunciata sul concetto di danno non patrimoniale. Il vigente codice civile prevede la bipolarità tra danno patrimoniale -art.2043 c.c.- e danno non patrimoniale -art.2059 c.c.-. Il risarcimento del danno patrimoniale è connotato da atipicità: tale danno sussiste in presenza della lesione di qualsiasi interesse giuridicamente rilevante; al contrario, il risarcimento del danno non patrimoniale è connotato da tipicità: secondo la lettera dell'art. 2059 c.c., tale danno è risarcibile solo nei casi determinati dalla legge (su tutti l'art. 185 c.p.).

Le SS. UU., dopo aver precisato che il risarcimento del danno non patrimoniale presuppone la verifica della sussistenza di tutti gli elementi costitutivi la struttura dell'illecito civile richiesti dall'art. 2043 c.c. e che la differenza fra le due ipotesi risarcitorie è in punto di evento dannoso, cioè in termini di lesione dell'interesse protetto, hanno presentato una rilettura dell'art. 2059 c.c. costituzionalmente orientata: oltre che in presenza di reato e nei casi espressamente previsti dalla legge²⁶³ si può avere risarcimento in caso di "lesione di specifici diritti inviolabili della persona umana" o, più precisamente, nel caso in cui sussista "un'ingiustizia costituzionalmente qualificata non suscettibile di valutazione economica"-.²⁶⁴ Inoltre, il danno non patrimoniale può essere desunto, specifica la Corte, anche dalle norme comunitarie, oltre che dalla Costituzione.

²⁶³ Nelle ipotesi dell'articolo 185 del codice penale; dell'articolo 2 L.n. 117 1998 (danni derivanti dalla privazione della libertà personale cagionati dall'esercizio di funzioni giudiziarie); dell'articolo 29 comma 9 L.n. 675 1996 (relativo alle modalità illecite di raccolta dei dati personali); dell'articolo 44 comma 7 D.lgs 286 1998 (relativo ad atti discriminatori per ragioni razziali, etniche o religiose); dell'articolo 2 L. 89 2001 (relativo al mancato rispetto del termine della ragionevole durata del processo).

²⁶⁴ Questa formulazione è presente al §2.8 della sentenza. Premessa per il risarcimento del danno non patrimoniale è la selezione degli interessi dalla cui lesione consegue il danno. Tale selezione avviene a livello normativo, negli specifici casi determinati dalla legge, o ad opera del giudice chiamato a individuare la sussistenza, alla stregua della Costituzione, di uno specifico diritto inviolabile della persona necessariamente presidiato dalla minima tutela risarcitoria. Se il fatto illecito si configura come reato, è risarcibile il danno non patrimoniale, sofferto dalla persona offesa e dagli ulteriori eventuali danneggiati (nel caso di illecito plurioffensivo: sentenza n. 4186/1998; SS. UU. n. 9556/2002), nella sua più ampia accezione di danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica.

Quanto al contenuto del danno non patrimoniale, le Sezioni unite hanno statuito che il danno non patrimoniale costituisce una categoria, generale ed unitaria, “insuscettibile di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate” e hanno negato l’esistenza del danno esistenziale come sotto categoria autonoma del danno non patrimoniale.²⁶⁵ Di fatto, da un sistema tripartito -danno biologico, danno morale, danno esistenziale- si è passati ad un sistema bipartito -danno biologico, danno morale- nel quale la categoria del danno esistenziale²⁶⁶ è stata eliminata come categoria a sé stante per essere assorbita da quella del danno biologico che, quindi, insieme al danno morale, include tutti i pregiudizi derivanti da un illecito -sia contrattuale che extra-contrattuale-.²⁶⁷ Nello specifico, in caso di sofferenza non accompagnata da degenerazioni patologiche - “sofferenza soggettiva in sé considerata”- si è nell’alveo del danno morale, mentre, nel caso in cui tali degenerazioni sussistano, si ricade in quello del danno biologico, “del quale ogni sofferenza, fisica o psichica, per sua natura intrinseca costituisce componente”.

Per quanto attiene alla liquidazione del danno, le SS. UU. hanno sottolineato che essendo il danno patrimoniale categoria unitaria non divisibile in sottocategorie, la distinzione fra danno morale e danno biologico risponde ad esigenze meramente descrittive, senza in alcun modo implicare il riconoscimento di distinte categorie di danno: in termini di risarcimento, non può essere riconosciuta un’attribuzione congiunta del danno morale e di quello biologico, in quanto un danno morale

²⁶⁵ Precisamente, la corte di cassazione contesta la divisione in categorie del danno non patrimoniale ma non esclude che tali categorie possano essere utilizzate per fini meramente descrittivi del danno subito.

²⁶⁶ La dottrina sul danno esistenziale si è sviluppata a partire dai primi anni novanta e ha portato all’affermazione di tale categoria autonoma di danno nell’ambito della tutela risarcitoria del danno non patrimoniale. La categoria del danno esistenziale, distinta da quella del danno biologico -in assenza della lesione dell’integrità psico-fisica-, e da quella del danno morale -in quanto non attinente alla sfera interiore del sentire ma alla sfera del fare non reddituale del soggetto-, è nata nell’intento di superare i limiti sanciti dall’art. 2059 relativi alla tutela risarcitoria per i pregiudizi di natura non patrimoniale: secondo la storica sentenza 233/03 della Corte Costituzionale, preceduta dalle sentenze “gemelle” 8828 e 8827 del 2003 della Suprema corte di cassazione, il danno esistenziale sarebbe consistito nella lesione di diritti e interessi costituzionalmente garantiti inerenti alla persona umana diversi dal diritto alla salute, che coinvolgesse le attività a-reddituali del soggetto leso.

²⁶⁷ “In particolare”, osserva la Corte nella sentenza n. 26972, “non può farsi riferimento ad una generica sottocategoria denominata danno esistenziale, perché attraverso questa si finisce per portare anche il danno non patrimoniale nell’atipicità, sia pure attraverso l’individuazione della apparente tipica figura categoriale del danno esistenziale, in cui tuttavia confluiscono fattispecie non necessariamente previste dalla norma ai fini della risarcibilità di tale tipo di danno, mentre tale situazione non è voluta dal legislatore ordinario né è necessitata dall’interpretazione costituzionale dell’art. 2059 c.c., che rimane soddisfatta dalla tutela risarcitoria di specifici valori della persona presidiati da diritti inviolabili secondo Costituzione”.

accompagnato da degenerazioni patologiche va risarcito come danno biologico. In aggiunta, è stato presentato qualche esempio rivelatore di quali danni, potranno e non potranno più essere risarciti: da un lato, si è condiviso l'orientamento delle sentenze "gemelle"²⁶⁸ in ordine al risarcimento del danno da perdita o compromissione del rapporto parentale nel caso di morte o di procurata grave invalidità del congiunto, ovvero del danno conseguente alla violazione del diritto alla reputazione, all'immagine, al nome e alla riservatezza -diritti inviolabili della persona incisa nella sua dignità, preservata dagli artt. 2 e 3 Cost-; dall'altro, è stato sottolineato il destino diametralmente opposto al quale assoggettare i pregiudizi, le ansie, il diritto alla qualità della vita, lo stato di benessere.

Infine, le Sezioni unite hanno introdotto un filtro a tale risarcimento, il filtro della gravità della lesione e della serietà del danno: affinché ci possa essere un risarcimento, "la lesione deve eccedere una certa soglia di offensività, rendendo il pregiudizio tanto serio da essere meritevole di tutela in un sistema che impone un grado minimo di tolleranza".²⁶⁹ In definitiva, con le sentenze del 2008 la Suprema Corte di cassazione ha messo un punto fermo sulle voci di danno risarcibile, eliminando il rischio di duplicazioni e il rischio di risarcimento dei c.d. danni bagatellari, danni di modesta entità, ovvero causati da condotte prive del requisito della gravità senza in alcun modo negare, anzi, sottolineando l'importanza di un'integrale risarcimento dei danni non patrimoniali.

Il passaggio cruciale è che in tutti gli ordinamenti è stata riconosciuta, nel tempo, tutela per un ventaglio sempre più ampio di ingiurie psico-fisiche e questa tendenza "espansiva" è confermata dalla caratterizzazione dei danni non patrimoniali, caratterizzazione tutt'altro che limitata e limitante, presente nei due progetti di regolamentazione del diritto privato europeo. I *Principles of European Tort Law*, partendo dalla premessa che "il danno postula una lesione materiale o immateriale ad un interesse giuridicamente protetto",²⁷⁰ affermano che "in caso di danno alla persona il danno non patrimoniale corrisponde alla sofferenza del danneggiato e alla menomazione della sua integrità psico-fisica"; i *Principles, Definitions and Model*

²⁶⁸ Cassazione sentenza 8827/2003 e sentenza 8828/2003.

²⁶⁹ §3.11 della motivazione della sentenza.

²⁷⁰ Art. 2:101

Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference definiscono le perdite non economiche come “*losses [that] include pain and suffering and impairment of the quality of life*”.²⁷¹

Appurata la grande varietà di pregiudizi ascrivibili alla voce “danni non patrimoniali” - pregiudizi fisici (ad es. dolori), pregiudizi psichici (ad es. la depressione dopo il deturpamento estetico), pregiudizi sociali (ad es. diminuzione del valore sociale di una persona) e pregiudizi alla qualità di vita come le limitazioni alla capacità di movimento e di sviluppo/realizzazione personale- e passando alle circostanze in base alle quali il risarcimento per danni non patrimoniali viene concesso, si rileva, una volta di più, una tendenza “espansiva” in atto nei sistemi europei di illecito civile, così come negli Stati Uniti. In Inghilterra è chiaro sin dal 1869 che, in ogni caso riguardante danni alle persone, non solo le perdite finanziarie, ma anche le lesioni personali in sé (che comportano disagio, dolore, e la perdita del piacere della vita) devono essere considerate in sede di valutazione dei danni.²⁷² Nei casi in cui il danno consista in lesioni personali, si parla di equo compenso affinché la vittima possa ottenere un importo “equo, ragionevole e giusto”.²⁷³

In Germania si sono dovuti aspettare tempi più recenti perché la morsa in cui erano strette le perdite non patrimoniali fosse allentata: la riforma del diritto delle obbligazioni del 2002 ha sostituito il § 847 del BGB con il nuovo § 253, ai sensi del quale un equo compenso per “menomazioni al corpo, lesioni alla salute, violazioni della libertà o dell’autodeterminazione sessuale” è espressamente previsto, indipendentemente dal fatto che la responsabilità sia basata su un illecito civile, uno statuto sulla responsabilità oggettiva o su un contratto.²⁷⁴

²⁷¹ VI. – 2.101 (4).

²⁷² *Fair v. London and North Western Railway Co.* [1869] 21 LT 326. In questo caso il giudice Cockburn CJ distingue tra perdite economiche e perdite personali.

²⁷³ *Rowley v. London & North Western Ry. Co.* [1873] LR 8 Exch. 221 at 231.

²⁷⁴ Precisamente, l’illecito si libera dal legame con la colpa del danneggiante ed assume una rilevanza che va dalla responsabilità soggettiva a quella oggettiva, dalla responsabilità extracontrattuale a quella contrattuale, dalle categorie civilistiche di responsabilità alle figure speciali di responsabilità previste dalle leggi di settore. Prima della riforma attuata nel 2002, il risarcimento dei danni non patrimoniali - *Schmerzensgeld*- era disciplinato dal §847 del BGB e una richiesta ai sensi di tale paragrafo avrebbe potuto essere accolta solo se l’illecito era in violazione di una delle disposizioni del codice civile. Se, invece, l’azione illecita violava una disposizione di uno statuto sulla responsabilità oggettiva, nessuna richiesta per dolore e sofferenza era permessa e questo stesso risultato si aveva nel caso di responsabilità sulla base di un contratto. Inoltre, la prova della colpa del danneggiante era un requisito necessario per intentare un’azione.

Anche il diritto italiano limitava la possibilità di ottenere risarcimento per le perdite non economiche,²⁷⁵ finché, a partire dagli anni Settanta, la situazione è cambiata: i giudici di legittimità hanno iniziato a riconoscere il risarcimento dei danni morali in favore del soggetto danneggiato, per lesioni del valore della persona umana costituzionalmente garantito, -il diritto alla salute, protetto dall'art. 32 della Costituzione- a prescindere dall'accertamento di un reato a suo danno²⁷⁶; e sia la dottrina che la giurisprudenza sono giunte ad affermare che le perdite derivanti dalla violazione del diritto della vittima alla salute devono essere risarcite anche se non hanno alcun impatto sulla sua capacità lavorativa o sulla sua situazione finanziaria.

All'articolo III dei *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference*, si legge che, nell'ambito del *right to damages*, la perdita "[...] includes economic and non economic loss. Economic loss includes loss of income or profit, burdens incurred and reduction in the value of property. Non economic loss includes pain and suffering and impairment of the quality of life".

Relativamente alle dinamiche temporali, se è opinione consolidata nelle corti inglesi ed americane che si può avere risarcimento dei danni sia per dolore e sofferenza già subiti che per dolore e sofferenza che potrebbero ragionevolmente risultare in futuro,²⁷⁷ nessun risarcimento è riconosciuto se il richiedente si trova in uno stato di incoscienza permanente in quanto si presume che non provi alcun dolore;²⁷⁸ tuttavia, nel sistema inglese, a meno che l'attore non sia in coma, si suppone che abbia una certa consapevolezza della sua condizione²⁷⁹; in più, anche pazienti in coma possono essere risarciti per la c.d. *loss of amenity*.²⁸⁰ In Italia l'orientamento predominante della

²⁷⁵ Per un trentennio, dalla nuova formulazione del codice civile, ai sensi dell'art. 2059 c.c. il risarcimento del danno morale poteva essere chiesto solo se la condotta pregiudizievole del convenuto poteva essere collegata ad un crimine; Inoltre, il danno morale era inteso in senso soggettivo, collegato, cioè, a sofferenze e stati d'ansia ed univoco perché equiparato al danno non patrimoniale.

²⁷⁶ Cass. 27 luglio 2006, n. 17144 in Resp. risarcim., 2006, 9, 34 ed il richiamo a Cass. 20 ottobre 2005 n. 20323, in Rep. Foro it., 2005, Danni civili, [2020], n. 220.

²⁷⁷ *Browning v. United States* [1973] 361 F. Supp. 17, 29.

²⁷⁸ Per l'Inghilterra si faccia riferimento ai casi *Wise v. Kaye* [1962] 1 QB 638; *H. West & Son v. Shephard* [1964] AC 326. Per l'America al caso *Nelson v. State* [1980] 105 Misc. 2d 107, 115-116, 431 NYS 2d 955, 936 nel quale si specifica che in mancanza di dolore e sofferenza "coscienti", nessun risarcimento per dolore e sofferenza può essere riconosciuto.

²⁷⁹ *Lim Poo Choo v. Camden and Islington Area Health Authority* [1980] AC 174. Secondo Lord Scarman i danni per dolore e sofferenza possono essere risarciti a seconda della "*claimant's personal awareness of pain, her capacity for suffering*" mentre i danni per *loss of amenities* sono "*awarded for the fact of deprivation, a substantial loss, whether the claimant is aware of it or not*".

²⁸⁰ *Lim Poo Choo v. Camden and Islington Area Health Authority*, caso cit. Una delle prime caratterizzazioni della *loss of amenities* si trova nel caso *H. West & Son Ltd. v. Shepard* [1964] AC 326 a

Cassazione afferma che il danno morale "comprende anche le sofferenze fisiche e morali sopportate dalla vittima in stato di incoscienza".²⁸¹ In applicazione dell'art. 2059 c.c., è stato stabilito che anche nel caso di coma dovrà risarcirsi il danno morale essendo il parametro determinante non la sofferenza transeunte bensì la gravità del danno o del pericolo cagionato alla vittima.²⁸²

Spostando l'attenzione sul delicato scenario degli incidenti mortali, va considerato che accanto alla vittima primaria dell'illecito si collocano le vittime c.d. secondarie, danneggiate "di riflesso o di rimbalzo", le quali subiscono pregiudizi per la perdita del prossimo congiunto in conseguenza di un fatto illecito altrui: la distruzione del nucleo familiare, l'impossibilità di esplicitare la loro personalità nei rapporti con il congiunto deceduto, l'interruzione di attività sociali e culturali, ovvero il peggioramento della qualità di vita dovuti alla perdita del proprio caro. In tema di danni da perdita del prossimo congiunto la giurisprudenza tedesca ha sviluppato la figura del *Schockschaden*, riconoscendo rilevanza giuridica ai danni psichici conseguenti alla notizia di morte o alla presenza sul luogo dell'incidente; dei pregiudizi esistenziali che regolarmente accompagnano i danni alla salute psichica dei superstiti si tiene conto in occasione della liquidazione dello *Schmerzensgeld*. Negli Stati Uniti, la perdita della vita del defunto non è compensata e, in molte giurisdizioni, in caso di incidenti mortali, ai parenti superstiti sono concessi indennizzi per le perdite finanziarie causate loro dall'illecito fatale: spese funerarie e l'eventuale perdita di mantenimento (in caso di dipendenza dal defunto), mentre pochissimo spazio è riconosciuto alle perdite non patrimoniali. In Inghilterra, ove il dolore causato dalla morte di una persona non dà luogo al risarcimento dei danni,²⁸³ la situazione cambia nel caso in cui la morte violenta

341 Lord Reid ha detto che "[t]here are two views about the true basis for this kind of compensation (loss of amenity). One is that the man is simply being compensated for the loss of his leg or the impairment of his digestion. The other is that real loss is not so much his physical injury as the loss of those opportunities to lead a full and normal life which are now denied to him by his physical condition for the multitude of deprivations and even petty annoyances which he must tolerate". In casi successivi, tale caratterizzazione è stata precisata: la *loss of amenity* si caratterizza come: compromissione di uno dei cinque sensi -caso *Cook v. J.L. Kier & Co.* [1970] 1 WLR 774 (i sensi in questione erano il gusto e l'olfatto)-, compromissione della vita sessuale -caso *Cook v. J.L. Kier & Co.* [1970]-; vacanze rovinate -caso *Ichard v. Frangoulis* [1977] 1 WLR 556-; incapacità di giocare con i propri figli -caso *Hoffman v. Sofaer* [1982] 1 WLR 1350-.

²⁸¹ Da ultimo Cassazione n. 21976/2007.

²⁸² Art. 133, 1° comma, n. 2 c.p.

²⁸³ *Hinz v. Berry* [1970] 2 QB 40 at 42.

di un parente o di un amico causa disordine da stress post-traumatico.²⁸⁴ In Italia il danno da morte subito dalla vittima primaria viene risarcito, sussistendone le condizioni, a titolo di danno terminale (biologico o morale). Riguardo agli stretti congiunti di una persona deceduta a causa di una condotta illecita altrui, si può configurare un danno non patrimoniale risarcibile nel caso in cui la sofferenza causata a costoro dalla perdita abbia determinato loro una lesione dell'integrità psicofisica.²⁸⁵

Questo breve excursus mostra che in tutti i sistemi giuridici esaminati il risarcimento delle perdite non patrimoniali è, seppur con diverse sfumature, stabilito nei codici e/o garantito dalle corti. Non solo, il riconoscimento e la sempre maggior consapevolezza dell'importanza dei danni non patrimoniali hanno portato, nel corso del tempo, ad una marcata dilatazione dell'ambito della tutela. E' vero che la definizione delle perdite non economiche presenta varie sfumature e che le finalità attribuite al sistema di responsabilità civile e, quindi, al risarcimento dei danni sono oggetto di dibattito;²⁸⁶ ma

²⁸⁴ B. MARKESINIS, M. COESTER, G. ALPA and A. ULLSTEIN, *Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law: a Comparative Outline*, 40 Cambridge University Press (2005) e la decisione nel caso *Alcock v. Chief Constable of South Yorkshire Police*, [1992] 1 AC 310 at 317.

²⁸⁵ In una sentenza del 2007 la cassazione ha stabilito che il risarcimento può essere concesso solo se viene fornita prova che il decesso ha inciso negativamente sulla salute dei congiunti determinando un'apprezzabile permanente patologia o l'aggravamento di una patologia preesistente (cfr. Cass. 2546 del 2007). Di recente, sempre in un caso di danno da morte, si è affermato che "a ciascuno degli attori deve essere riconosciuto *iure proprio* il danno non patrimoniale ossia il ristoro di tutte le ripercussioni subite sia di natura sofferenziale, sia di natura dinamico-relazionale, ovverosia esistenziale" (Trib. Pinerolo 17.3.2009).

²⁸⁶ Il principio, storicamente, più diffuso nell'ambito del risarcimento dei danni per illeciti civili è quello della compensazione delle vittime degli illeciti: l'istituto della responsabilità civile mira a mettere la vittima nella posizione in cui si trovava prima dell'illecito (Con riferimento al diritto inglese il *locus classicus* si trova nella decisione di Lord Blackburn nel caso *Livingstone v. Rawyards Coal Co.* [1880] 5 App. Cas. 25, 39). Come Blackstone ha scritto nei suoi Commentari, *tort* significa violazione di un diritto e il trasgressore deve essere chiamato a compensare tale diritto. Per la legge tedesca il risarcimento dei danni si basa sul principio di *natural restitution* che significa riportare la vittima nella situazione pre-illecito). Dalle più recenti tendenze dottrinarie e giurisprudenziali emerge, tuttavia, che, nel caso specifico dei danni non patrimoniali, la compensazione non spiega tutto. Alcuni brevi cenni ed esempi possono servire per chiarire. In Inghilterra, la Commissione Pearson (la Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury fondata nel 1973 sotto la presidenza di Lord Pearson, con lo scopo di studiare i vari sistemi di risarcimento per lesioni personali) nella sua maggioranza, dopo aver concluso che "*there is a place for damages for non-pecuniary losses*" ha identificato tre possibili obiettivi, dopo aver escluso quello di una "*full compensation*", di un risarcimento dei danni non patrimoniali: "*first, it may be a palliative [...]; secondly, it may enable the claimant to purchase alternative sources of satisfaction to replace those he has lost; thirdly, it may help to meet hidden expenses caused by the injury*" (Rapporto della Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury, 1978, volume I, p.85). L'Alta Corte Federale Tedesca, in una storica decisione del 1955, ha attribuito al risarcimento per il dolore e la sofferenza una duplice funzione (*Doppelfunktion des Schmerzensgeld*): "[il risarcimento] è pensato per fornire alla persona lesa un risarcimento alle perdite pecuniarie subite; al tempo stesso, tuttavia, esso indica che il danneggiante deve alla vittima soddisfazione (*Genugtuung*) per quello che le ha fatto". Inoltre, attraverso il pagamento dei danni non pecuniari un obbligo di "*gut akt*" viene creato nel convenuto (BGHZ 18, 149 (*Bundesgerichtshof 6 July*

è fuori discussione che per raggiungere lo scopo, qualunque esso sia, i danni non patrimoniali devono essere riconosciuti.

V. DIBATTITO DOTTRINARIO

La tesi principale della teoria dell'assicurazione è che il livello ottimale di danni dovrebbe eguagliare il livello di perdite (patrimoniali e non) rispetto alle quali la vittima si sarebbe voluta assicurare. Di conseguenza, la domanda chiave, per cui non c'è risposta unanime tra gli studiosi, è se un individuo informato e razionale comprerebbe copertura assicurativa per i danni non patrimoniali.

V.A. NESSUNA DOMANDA: NESSUNA COMPENSAZIONE DEI DANNI NON PATRIMONIALI

Alan Schwartz distingue le perdite patrimoniali e non, caratterizzando le prime come 'sostituibili' e le seconde come 'non sostituibili'. Mentre le prime possono essere pienamente compensate (risarcimenti monetari possono 'soddisfare' per intero la vittima), quelle non sostituibili possono essere solamente, nel migliore dei casi, mitigate. Secondo Schwartz, che segue la teoria del "consumatore sovrano", il risarcimento dei danni immateriali dovrebbe essere abolito. Pur ammettendo che le perdite non patrimoniali possano causare un decremento nell'utilità marginale del denaro post-incidente, egli assume che consumatori informati non acquisterebbero

1955). La traduzione si trova in B. MARKESINIS e H. UNBERATH, *The German Law of Tort: a Comparative Treatise*, 4th ed., Oxford: Hart (2002). In breve le due funzioni riconosciute ai danni per dolore e sofferenza sono quella di "equo compenso" (attraverso l'acquisto di piacere) e quella di soddisfazione). In altre circostanze, l'Alta Corte tedesca ha dichiarato che in caso di violazione della privacy e dell'intimità: "senza l'effetto deterrente della responsabilità civile, il sistema legale perderebbe un importante strumento per proteggere i diritti delle persone"(HANS-BERND SCHÄFER e C. OTT, *The Economic Analysis of Civil Law*, Northampton, MA, USA: Cheltenham, 2004). In Italia, parte della dottrina considera la figura del danno morale soggettivo come strumento per "riservare un sia pur limitato spazio di rilevanza giuridica anche in Italia (ma senza imitare le dimensioni nordamericane) a danni *lato sensu* punitivi o quanto meno a quegli *aggravated damages* connessi con la particolare gravità di una colpa lucrativa del danneggiante che ha inteso arricchirsi commettendo l'illecito" (Sul punto F. BUSNELLI, *L'illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni*, in Riv. dir. civ., 2006, 6). D'altro canto, altri studiosi riconoscono che: "vi è una funzione preventiva e dissuasiva, e come tale sociale, della responsabilità civile, dalla quale in nessun caso è consentito astrarre" (V. SCALISI, *Il nostro compito nella nuova Europa*, in Europa dir. priv., 2007, 2, 250).

copertura totale per le perdite non patrimoniali anche laddove esse incrementino l'utilità marginale del denaro; e ciò a causa della presenza di effetti reddito.²⁸⁷

Seguendo un simile ragionamento, Adams conclude che, stante l'impossibilità, *in thesi*, di annullare le perdite non patrimoniali per mezzo del denaro, non ci sarà una domanda extra di denaro a seguito di un incidente che causi questo tipo di pregiudizio, sì che nessun soggetto vorrà assicurarsi *ex ante*: il pagamento di un premio assicurativo comporterebbe un decremento di utilità per qualcosa che non genera, *ex post*, una domanda aggiuntiva di denaro.²⁸⁸ Suurmond e Van Velthoven, tramite l'utilizzo di un modello economico, spiegano come, anche nel caso in cui sia possibile una piena compensazione delle perdite non patrimoniali, un soggetto avverso al rischio sceglie di non comprare una copertura assicurativa.²⁸⁹

Altri studiosi adottano una diversa prospettiva: invece di interrogarsi su che cosa un consumatore informato avrebbe fatto, essi si concentrano su quanto i consumatori realmente domandano nel mercato assicurativo. Sia Priest²⁹⁰ che Cooter²⁹¹ sostengono, evidenza empirica alla mano, che i consumatori non richiedono copertura assicurativa per i danni non patrimoniali, sì che il sistema non dovrebbe garantirla tramite *tort law*. Molteplici, a loro avviso, le ragioni per le quali non è desiderabile utilizzare il sistema

²⁸⁷ "The demand for most goods and services has positive income elasticity; people increase their consumption as their income rise. Because accidents make people poorer in a utility sense, people will purchase lesser amounts of substitute activities in "accident states" than they would have purchased if they had not been injured but instead had to give up goods that they then valued as much as they valued not suffering. Informed consumers will anticipate wanting lesser amounts of substitute activities in accident states than they would otherwise want, and so will make provision to buy less. In other words, consumers will not purchase full insurance". A. SCHWARTZ, (1988), *op. cit.* Tuttavia, questo ragionamento basato su effetti reddito, dipende da premesse psicologiche sulla connessione fra perdite non patrimoniali, utilità totale e utilità marginale del denaro. Se tali premesse fossero implausibili da un punto di vista teoretico o dimostrabilmente errate, il ragionamento perderebbe validità. Ad esempio, si può ipotizzare, contro quanto sostenuto da Schwartz, che per aumentare la propria utilità totale le vittime necessitino di più, e non meno denaro, rispetto agli altri. Questo sarebbe vero se servisse più denaro per risalire l'utilità di una persona ferita e non meno, come assume Schwartz. Secondo Schwartz, infatti, più basso è il livello di utilità, più utilità un soggetto otterrà da ogni dato incremento. Se, tuttavia, l'incidente creasse depressione nella vittima, questo renderebbe difficile aggiungere quell'incremento alla sua utilità totale; entrate finanziarie potrebbero, tuttavia, ridurre o eliminare tale difficoltà, e, di conseguenza, avere maggior valore per soggetti feriti rispetto a soggetti sani.

²⁸⁸ M. ADAMS, *Warum kein Ersatz von Nichtvermogensschaden?*, in C. Ott e H. Schafer, *Allokationseffizienz in der Rechtsordnung*, Springer-Verlag, 210-217 (1989).

²⁸⁹ G. SUURMOND e B. VAN VELTHOVEN, *Vergoeding van affectieschade: te weinig met het oog op de daders en te veel met het oog op de slachtoffers*, 80 *Nederlands Juristenblad* (2005).

²⁹⁰ G. PRIEST, *A Theory of the Consumer Product warranty*, 90 *Yale Law Journal*, 1297-1352 (1981); G. Priest (1987) *op. cit.* L'argomento di Priest è che "particular low-risk or low-income product users may prefer not to pay insurance costs calculated on the basis of the costs of avoidance for the average manufacturer and user".

²⁹¹ R. COOTER, *Towards a Market in Unmatured Tort Claims*, *op. cit.*

di *tort law* per compensare. Prima di tutto, tali perdite, in generale, non causano un incremento nell'utilità marginale della vittima.²⁹² Un secondo motivo è legato alla presenza di valutazioni soggettive. Philip Cook e Daniel Graham affermano che le perdite non economiche possono essere valutate solo personalmente e che la valutazione cambia al cambiare del reddito di ognuno.²⁹³ Priest aggiunge che, essendo le perdite diverse per ogni individuo, i prezzi crescerebbero per tutti, mentre solo i soggetti che sperimentano grandi perdite non patrimoniali sarebbero compensati a questo titolo.²⁹⁴ Ancora, e qui si sfiora la vertigine (ma è anche uno degli esempi più citati dai sostenitori dell'eliminazione del ristoro per i danni non patrimoniali), va rilevata la mancanza di domanda per un'assicurazione sulla vita dei bambini. Priest e Cooter sostengono che la morte di un bambino non colpisce le entrate finanziarie di una famiglia. Shavell afferma che, in caso di morte di un bambino, i genitori non perdono nulla di valore, rilievo (cinico) da cui è dato argomentare che sia la componente monetaria sia quella non monetaria di eventuali premi devono essere pari a zero.

La soggettività dei danni non patrimoniali costituisce un ulteriore problema. Cook e Graham spiegano come i danni non patrimoniali possano essere valutati solo dal soggetto che li subisce; e che tale valutazione cambia con riferimento al reddito individuale²⁹⁵; Schwartz dubita, inoltre, che l'ammontare di tali danni possa venire determinato dallo stesso sistema di responsabilità civile.²⁹⁶

V.B. OSTACOLI ALLA DOMANDA: COMPENSAZIONE DEI DANNI NON PATRIMONIALI

La principale spiegazione per questa mancanza dal lato della domanda e, al tempo stesso, critica agli assunti della teoria dell'assicurazione, fa leva sull'esistenza di fallimenti di mercato. Croley e Hanson²⁹⁷, per esempio, riconoscono al sistema di *tort law* un ruolo fondamentale nel superamento di tali ostacoli. Prima di tutto, informazione imperfetta e mancanza di capacità nel percepire lo stato del mondo post-

²⁹² Tuttavia va evidenziato che "in generale" non significa "sempre"; lo stesso Cooter specifica che in caso di incidenti "maggiori" la compensazione di danni non economici può essere giustificata a causa della loro gravità e quindi del loro impatto sul reddito e sulla capacità di guadagnare.

²⁹³ P. COOK e D. GRAHAM, *The Demand for Insurance and protection: The Case of Irreplaceable Commodities*, 91 *The Quarterly Journal of Economics*, 143-156 (1977).

²⁹⁴ G. PRIEST (1987) *op. cit.*

²⁹⁵ P. COOK e D. GRAHAM (1977) *op. cit.*

²⁹⁶ A. SCHWARTZ (1988) *op. cit.*

²⁹⁷ S.P. CROLEY e J.D. HANSON, *The non Pecuniary Costs of Accidents: Pain and Suffering Damages in Tort Law*, 108 *Harvard Law Review*, 1785-1917 (1995).

lesione rendono difficile, se non impossibile, prendere corrette decisioni assicurative (specialmente in relazione alle perdite non economiche). Esiste un'infinita varietà di incidenti che potrebbero verificarsi, ciascuno dei quali può portare ad un'altrettanto infinita varietà di danni non patrimoniali, implicanti un'infinita varietà di livelli di compensazione. Un altro impedimento è costituito dall'inaccettabilità, da un punto di vista sociale, dell'idea di fissare un prezzo per le sofferenze. Con riferimento al caso della morte di un bambino, per esempio, Viviana Zelizer, cerca di spiegare l'inesistenza di una domanda assicurativa in relazione a tale evento tramite una ricostruzione sociologica che mostra il cambio di percezione che si è avuto, nel corso degli anni, in relazione al valore della vita di un bambino -attualmente questo valore è tendenzialmente pari a infinito-.²⁹⁸ Croley e Hanson spiegano come una buona percentuale delle ordinarie polizze assicurative siano relative alla vita di bambini al di sotto dei quattordici anni.²⁹⁹ Anche questi autori ravvisano nell'esistenza di fallimenti di mercato l'ostacolo primo alla fornitura di assicurazione per la morte di bambini, riferendosi in particolare alle 'norme sociali' contrarie alla possibilità di ottenere benefici dalla morte di un bambino (nessun riguardo al fatto se tale morte comporti perdite patrimoniali e non). La presenza di restrizioni legali, infine, porta allo stesso risultato. Bovbjerg, Sloan e Blumstein suggeriscono che l'esistenza, entro certi limiti, di una copertura di responsabilità civile per le perdite immateriali comporta una minore necessità di avere un separato sistema assicurativo, ciò che vale a spiegare la mancanza di domanda assicurativa. Gli stessi autori evidenziano le difficoltà, legate a problemi di selezione avversa e azzardo morale, che gli assicuratori devono fronteggiare a causa delle loro limitate possibilità di monitorare i comportamenti adottati dai soggetti assicurati.³⁰⁰ Sempre facendo riferimento all'esistenza di un'imperfetta percezione e prevedibilità degli eventi futuri, Pryor, in risposta a Schwartz, da un lato, e Priest e

²⁹⁸ V.A. ZELIZER, *The price and Value of Children: The Case of Children's Insurance*, 86 American Journal of Sociology, 1036-56 (1981); V.A. ZELIZER, *Pricing the Priceless Child: The Changing Social Value of Children*, Princeton University Press (1984). L'analisi parte dagli inizi del 20th secolo e mostra come nel corso degli anni il valore della vita di un bambino sia cambiato: per usare le parole dell'autrice si è assistito ad un "*dramatic shift in perception of children worth*" che ha portato a considerare il bambino come "*emotionally priceless*". Questo cambiamento di percezione ha comportato una messa sotto accusa dell'assicurazione sulla vita dei bambini additata da molti come "*scandalous effort to commercialize the life of a child*".

²⁹⁹ Due esempi da loro forniti sono lo Student Accident Insurance e l'Athletic Accident Insurance Program.

³⁰⁰ R. BOVJERG, F. SLOAN e J. BLUMSTEIN, *Valuing Life and Limb in Tort: Scheduling Pain and Suffering*, 83 Northwestern University Law Review, 908-976 (1989).

Cooter, dall'altro, sottolineano come la conclusione secondo cui le perdite non economiche non modificano l'utilità marginale del denaro oppure ne causano il decremento sia problematica in quanto basata sui risultati di ricerche empiriche effettuate in scenari di perdite non patrimoniali e ottenuti chiedendo a soggetti sani di determinare cosa avrebbero deciso di fare in caso di disabilità: va da sé che l'informazione imperfetta influenza l'accuratezza di tali dichiarazioni nel senso di una sotto-stima dell'utilità marginale.³⁰¹

Riassumendo, gli studiosi che supportano la teoria dell'assicurazione forniscono evidenza indiretta sul fatto che i consumatori "preferiscono" non acquistare coperture assicurative per eventuali danni immateriali e sostengono che, conseguentemente, lo Stato abbia a rispettare tali preferenze, evitando di fornire compensazione sul piano della responsabilità civile. Se non c'è domanda assicurativa *ex ante*, una compensazione *ex post* sarebbe inefficiente: si determinerebbe un incremento di oneri per tutti (l'*escalation* dei risarcimenti deve pur essere addebitato da qualche parte) a causa di qualcosa per cui nessuno sarebbe spontaneamente indotto ad assicurarsi.³⁰²

Al contrario, per chi si pronuncia a favore di tale compensazione, la problematica dei fallimenti di mercato viene presentata come giustificazione per la mancanza di un mercato assicurativo per danni immateriali; inoltre, il sistema della responsabilità civile viene indicato come strumento per superare questi fallimenti. Il punto è che, mentre una copertura assicurativa deve essere acquistata prima del verificarsi dell'incidente, la responsabilità aquiliana agisce *ex post*: le potenziali vittime non sono chiamate a preventivare la probabilità di subire perdite immateriali e, tantomeno, immaginarne la tipologia. Altri studiosi, infine, spingendosi oltre la problematica dei fallimenti di mercato, giustificano coperture per perdite non particolari attraverso l'evidenza indiretta di quanto i consumatori domanderebbero e pagherebbero per ottenere alcuni livelli di tali coperture in un ipotetico contratto assicurativo.³⁰³

³⁰¹ E. S. PRYOR, 1993, *op. cit.* Un altro punto evidenziato da Pryor è che data la difficoltà, in alcuni casi, di distinguere le perdite patrimoniali da quelle che non si prestano ad immediata valutazione economica, non è chiaro, dal punto di vista della teoria dell'assicurazione, quale parte delle perdite dovrebbe essere compensata e quale no.

³⁰² M. ADAMS, *Warum kein Ersatz von Nichtvermorgensschaden? op. cit.*

³⁰³ R. AVRAHAM, *Should Pain and Suffering Damages be Abolished from Tort Law? More Experimental Evidence*, 55 University of Toronto Law Journal 941 (2005) e P. M. DANZON, *Tort Reform and the Role of Government in Private Insurance Markets*, 13 Journal of Legal Studies 517-549 (1984). Croley e Hanson forniscono evidenza indiretta a supporto della conclusione che i consumatori sono inclini a

Una considerazione conclusiva sulla questione della soggettività: ad avviso di Cook e Graham, tale problematica fuoriesce dal campo della teoria dell'assicurazione, non dà risposta alla domanda se un soggetto comprerebbe o meno una copertura assicurativa, ma rientra, piuttosto, nella diversa tematica di come compensare.

VI. IN CONCLUSIONE: MANCANZA DI DOMANDA O DI OFFERTA?

E' fondamentale, alla luce dell'analisi fin qui svolta, elaborare alcune considerazioni soltanto accennate precedentemente. Una delle principali assunzioni normalmente utilizzate dagli economisti è che gli individui oggetto delle loro analisi siano esseri razionali, pienamente informati e guidati dal proprio interesse (*homines oeconomici*). In termini teorici tale semplificazione è semplice e utile; ma la realtà è diversa. Va messa nel conto l'esistenza di alcuni impedimenti al funzionamento della teoria dell'assicurazione. Come già esplicitato da Croley e Hanson, fattori quali l'inaccettabilità sociale di dare un prezzo alle sofferenze o l'esistenza di restrizioni legali possono spiegare la mancanza di domanda per coperture assicurative nei confronti di danni non patrimoniali, meglio la mera "non volontà" di acquistare tali coperture. Aggiungendo a ciò il peso dei problemi di azzardo morale, acquista contorni più nitidi la non desiderabilità, da parte delle compagnie assicurative, di offrire una copertura per danni non economici.³⁰⁴ Ed è proprio questa mancanza dal lato dell'offerta a costituire, con ogni probabilità, la reale ragione per l'inesistenza di un mercato per danni immateriali.³⁰⁵

Vi sono buoni motivi per credere che le persone comprerebbero copertura assicurativa, se disponibile. Primo, nel mondo reale non c'è perfetta informazione. Una vittima potenziale non può sapere, *ex-ante*, la tipologia di incidente e di danni che potrebbe subire: conseguentemente, dato che per gli incidenti più comuni un'assicurazione è

domandare copertura assicurativa per danni immateriali e che, quindi, il sistema della responsabilità civile dovrebbe garantire un certo livello di compensazione per tali danni.

³⁰⁴ Il problema è che non esiste un modo indipendente ed oggettivo per determinare quale ammontare e che tipologia di danni non patrimoniali un individuo abbia subito. Il chiedere una valutazione direttamente alla vittima, ovviamente, implica il rischio di pretese eccessive.

³⁰⁵ A tal proposito Avraham effettuò alcune indagini chiedendo alle persone di determinare quale ammontare di denaro sarebbero stati disposti ad aggiungere al prezzo di determinati prodotti (ipotizzando che avevano intenzione di comprarli) per poter avere una copertura assicurativa verso danni immateriali che avrebbero potuto subire se questi prodotti si fossero rivelati difettosi e avessero causato ingiurie. Il risultato è stato che la maggior parte degli intervistati erano disposti a pagare alti livelli di premi assicurativi. V. R. AVRAHAM (2005) *op. cit.*

utile, essa verrebbe comprata. Secondo, va considerata la presenza di ciò che possiamo chiamare “sentimenti di affetto”. Nei paragrafi precedenti si è rilevato che la validità della teoria dell’assicurazione va limitata al verificarsi dei più tragici tipi di incidenti (lesioni che comportano situazioni di coma, paraplegia o morte). Tuttavia, anche di fronte alla possibilità di soffrire per questo tipo di incidenti, le potenziali vittime potrebbero essere disposte a comprare un’assicurazione. Si pensi, a mo di esempio, alla situazione estrema: un individuo potrebbe volere che i suoi eredi ricevano quanto più possibile e sarebbe, dunque, disposto ad assicurarsi per la perdita della possibilità di godere della propria vita.³⁰⁶ Premi per danni immateriali possono, in queste più tragiche circostanze, servire due scopi: primo, in quanto si aggiungano a quelli relativi ai danni pecuniari patrimoniali, permetterebbero alla vittima di ricevere migliore assistenza (in termini di specialisti, paesi dove ricevere cure appropriate e così via); secondo, possono alleviare le sofferenze (materiali) che gli eredi subiscono per la malattia delle vittime. Ciò che conta, a prescindere dal problema della risarcibilità in termini prettamente giuridici, è stabilire se sia realistico che un soggetto, seguendo i ragionamenti sopra accennati, manifesti una volontà di acquisto di una copertura assicurativa.³⁰⁷ La risposta sembra essere positiva.

In conclusione, a causa del forte limite evidenziato nella teoria dell’assicurazione, cioè della presenza di premesse incomplete, la principale critica alla compensazione dei danni non pecuniari viene meno: un ritorno alla centralità per l’obiettivo di prevenzione e, quindi, di efficienza economica è più che legittimo.³⁰⁸

³⁰⁶ Conclusione altrettanto valida in caso di coma o paraplegia.

³⁰⁷ Non va dimenticato che il focus della teoria dell’assicurazione è costituito dalla volontà degli individui.

³⁰⁸ Per completezza va detto che esiste un altro dibattito in relazione a quali danni non patrimoniali compensare e a come compensarli: ma ciò va oltre il fine di questa trattazione, il cui obiettivo era solo quello mostrare non solo l’inesistenza di un effettivo ostacolo alla compensazione di tali danni, ma, in più la sua necessità, in termini di deterrenza.

BIBLIOGRAFIA

PUBBLICAZIONI

- M. ADAMS**, *Warum kein Ersatz von Nichtvermorgenschaden?*, in C. Ott e H. Schafer, *Allokationseffizienz in der Rechtsordnung*, Springer-Verlag (1989).
- R. AVRAHAM**, *Should Pain and Suffering Damages be Abolished from Tort Law? More Experimental Evidence*, 55 *University of Toronto Law Journal* 941 (2005).
- F. BELLOTTI, J. VAN DE KAMP, L. THORNBURG, J. MATTOX, C. BROWN & B. LA FOLLETTE**, *An Analysis of the Causes of the Current Crisis of Unavailability and Unaffordability of Liability Insurance* (Ad hoc committee of the National Association of Attorneys General, report, May 1986).
- R. BOVJERG, F. SLOAN and J. BLUMSTEIN**, *Valuing Life and Limb in Tort: Scheduling Pain and Suffering*, 83 *Northwestern University Law Review*, 908-976 (1989).
- I. BRODY**, *When Products Turn into Liabilities*, *Fortune* Mar. 3 (1986).
- F. BUSNELLI**, *L'illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni*, in *Riv. dir. civ.* (2006).
- G. CALABRESI**, *Optimal Deterrence and Accidents*, 84 *Yale Law Journal*, 656-671 (1975).
- G. CALABRESI**, *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press (1970).
- P. CANE**, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, 7th ed., Cambridge University Press (2006).
- G.J. CHURCH**, *Sorry, Your Policy is Cancelled*, *Time*, Mar. 24, 1986, at 18.
- P. COOK and D. GRAHAM**, *The Demand for Insurance and protection: The Case of Irreplaceable Commodities*, 91 *The Quarterly Journal of Economics*, 143-156 (1977).
- R. COOTER and TH. ULEN**, *Law and Economics*, 4th ed., Boston: Pearson Addison Wesley (2008).
- R. COOTER**, *Towards a Market In Unmatured Tort Claims*, 75 *Virginia Law Review*, 383-412 (1989).
- S.P. CROLEY and J.D. HANSON**, *The non Pecuniary Costs of Accidents: Pain and Suffering Damages in Tort Law*, 108 *Harvard Law Review*, 1785-1917 (1995).
- P. M. DANZON**, *Tort Reform and the Role of Government in Private Insurance Markets*, 13 *Journal of Legal Studies* 517-549 (1984).
- M. FAURE**, *Tort Law and Economics*, 1 *Encyclopedia of Law and Economics*, 2nd ed. (2009).
- W. GLANVILLE**, *The Aims of the Law of Tort*, *Current Legal Problems* 137 (1951).

- S. GOLDBERG**, *Manufacturers Take Cover*, Journal of the American Bar Association, July 1, 1986, at 52; *The Liability crisis: Who's to Blame?*, 6 Manhattan Rep. 1, 9 (1986).
- HANS-BERND SCHÄFER and C. OTT**, *The Economic Analysis of Civil Law*, Northampton, MA, USA: Cheltenham (2004).
- G. HILDEBRAND**, *Consumer Sovereignty in Modern Times*, 41 American Economic Review, Papers and Proceedings (1951).
- V. KARAPANOU and L. VISSCHER**, *The Magnitude of pain and Suffering Damages from a Law and Economics and Health Economics Point of View*, RILE Working Paper No 02 (2009).
- B. MARKESINIS, M. COESTER, G. ALPA and A. ULLSTEIN**, *Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law: a Comparative Outline*, 40 Cambridge University Press (2005).
- B. MARKESINIS and H. UNBERATH**, *The German Law of Tort: a Comparative Treatise*, 4th ed., Oxford: Hart (2002).
- N. MC BRIDE and R. BAGSHAW**, *Tort Law*, 3rd ed., Harlow: Pearson Longman (2008).
- R. MUSGRAVE**, *The Theory of public Finance: a Study in Public Economy*, New York: McGraw-Hill (1959).
- J. PERSKY**, *Consumer Sovereignty*, 7 Journal of Economic Perspectives (1993).
- A. M. POLINSKY AND YEON-KOO CHE**, *Decoupling Liability: Optimal Incentives for Care and Litigation*, 22 Rand Journal of Economics, 562-570 (1991).
- R. POSNER**, *Are We One Self or Multiple Selves? Implications for Law and Public Policy*, 3 Legal Theory 23 (1997).
- G. PRIEST**, *The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law*, 96 Yale Law Journal 1521-1590 (1987).
- G. PRIEST**, *A Theory of the Consumer Product Warranty*, 90 Yale Law Journal, 1297-1352 (1981).
- E. S. PRYOR**, *The Tort Law Debate, Efficiency and the Kingdom of the Ill. A Critique of the Insurance Theory of Compensation*, 79 Virginia Law Review, 91-152 (1993)
- V. SCALISI**, *Il nostro compito nella nuova Europa*, in Europa dir. priv. (2007).
- A. SCHWARTZ**, *Proposals for Product Liability Reform: A Theoretical Synthesis*, 97 Yale Law Journal, 353-415 (1988).
- S. SHAVELL**, *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge, MA: Harvard University Press (1987).
- G. SUURMOND and B. VAN VELTHOVEN**, *Vergoeding van affectieschade: te weinig met het oog op de daders en te veel met het oog op de slachtoffers*, 80 Nederlands Juristenblad (2005).
- V.A. ZELIZER**, *Pricing the Priceless Child: The Changing Social Value of Children*, Princeton University Press (1984).

V.A. ZELIZER, *The price and Value of Children: The Case of Children's Insurance*, 86 American Journal of Sociology, 1036-56 (1981).

The Liability Insurance Crisis: What Washington Can Do to Help, 27 march 1986; <http://www.policyarchive.org/handle/10207/bitstreams/9253.pdf>.

N.Y. Times, Mar. 26, 1986, at C12, col. 4.

N.Y. Times, Feb.15, 1986, at 1, col. 1.

N.Y. Times, Feb.1, 1986, at 1, col. 5.

Wall St. J., Fe. 3, 1986 at 5, col.1.

Wall St. J., Jan. 21, 1986 at 31, col. 1.

Toronto Globe & Mail, Feb. 21, 1986, at B2, col.1.

U.S. General Accounting Office: *Medical Malpractice Insurance Costs Increased but Varied among Physicians and Hospitals*, Washington, D.C.: GAO (1986).

U.S. Dep't of Justice, Report of the Tort Policy Working Group on the Causes, Extent and Policy Implications of the Current Crisis in Insurance Availability and Affordability (1986).

Nat'l Conference of State Legislatures, *Selected State Legislative Action Re Affordability and Availability of Liability Insurance*, Aug.4,1986.

Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury: Report v. I (1978).

CASI

Alcock v. Chief Constable of South Yorkshire Police, [1992] 1 A.C. 310.

Blum v. Airport Terminal Services, 762 S.W.2d 67 (Mo. App. E.D. 1988).

Browning v. United States [1973] 361 F. Supp.

Cook v. J.L. Kier & Co. [1970] 1 WLR 774.

DiRosario v. Havens, 242 Cal. Rptr. 423 (cal. Ct. App. 1987).

Fair v. London and North Western Railway Co. [1869] 21 LT 326.

Georgacopoulos v. University of Chicago Hospital and Clinics, 504 N. E. 2d 830 (Ill. App. 1987).

Hinz v. Berry [1970] 2 QB 40 at 42.

Hoffman v. Sofaer [1982] 1 WLR 1350.

Ichard v. Frangoulis [1977] 1 WLR 556.

Isgett v. Seaboard Coast Line R. Co. [1971] 332 F. Supp.

Kwasny v. United States, 823 F.2d 194, 197 (7th Cir. 1987).

Lim Poo Choo v. Camden and Islington Area Health Authority [1980] AC 174.

Livingstone v. Rawyards Coal Co. [1880] 5 App. Cas. 25.
Mercy Hospital of Laredo v. Rios, 776 S.W.2d 626 (Tex. App. – San Antonio 1989)
Nelson v. State [1980] 105 Misc. 2d 107, 431 NYS2d 955.
Phillips V. London and South Western Rly Co. [1879] 4 QBD 406.
Rowley v. London & North Western Ry. Co. [1873] LR 8 Exch. 221.
H. West & Son v. Shephard [1964] AC 326.
Wise v. Kaye [1962] 1 QB 638.

Cass., sentenza 19 ottobre 2007 n. 21976.
Cass., sentenza 6 febbraio 2007 n. 2546.
Cass., sentenza 27 luglio 2006 n. 17144.
Corte Cost., sentenza 11 luglio 2003 n. 233.
Cass, sentenze 31 maggio 2003 nn. 8828 e 8827.
Cass., SS. UU., sentenza 1 luglio 2002 n. 9556.
Cass., sentenza 23 aprile 1998 n. 4186.